

Hans - Wolfgang Waldeyer

Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht
bei anfechtbarer
und nichtiger Bevollmächtigung

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555410_0039

VERTRAUENSHAFTUNG KRAFT ANSCHEINSVOLLMACHT
BEI ANFECHTBARER UND NICHTIGER BEVOLLMÄCHTIGUNG

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfä-
lischen Wilhelms-Universität zu M Ü N S T E R

vorgelegt

von

Hans-Wolfgang W a l d e y e r

aus PADERBORN

1969



Erster Berichterstatter: Prof.Dr.Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr.Reinicke

Dekan: Prof.Dr.Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 1.Februar 1969

Meinen Eltern

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

=====

- Albrecht, Ernst Vollmachten zu Grundstücksveräußerungen,
Hans GZ 1930, 267 ff
- Albrecht, Gisela Voraussetzungen und Grenzen der Haftung
des angeblich Vertretenen aus der so ge-
nannten Anscheinsvollmacht,
Diss., Mainz, 1958
- Bähr, Otto Über Irrungen im Contrahiren,
Iher Jb 14, 393 ff
- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo
bei Geschäftsabschluß durch Stellver-
treter,
AcP 151, 501 ff
- Ballerstedt, Kurt Rezension über: Schmidt, Reimer:
Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953,
in: ZHR 121, 78 ff
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch,
17. Auflage,
München und Berlin, 1966
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts,
3. Auflage,
München und Berlin, 1966
- Bekker, Ernst,
Immanuel Rezension über: Schliemann:
Zur Lehre von den Willenserklärungen.
Einfluß von Zwang und Irrtum,
Rostock, 1861,
in: KrVJSchr 3, 180 ff
- Bekker, Ernst,
Immanuel Sprachliches und Sachliches zum BGB,
Iher Jb 49, 1 ff
- Böcker, Alfons Apparent Authority und Agency Power,
Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefug-
nis im anglo-amerikanischen Recht,
Diss., Münster, 1963
- Brox, Hans Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung,
Karlsruhe, 1960
- Brox, Hans Die Anfechtung von Dauerrechtsverhält-
nissen,
BB 1964, 523 ff

- Bruck-Möller Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz,
8. Auflage, Bd.I,
Berlin, 1961
- Brüggemann- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch. Be-
Würdinger gründet von Hermann Staub, weitergeführt
von Mitgliedern des Reichsgerichts.
3. Auflage, Bd.I,
Berlin, 1967
- Canaris, Claus- Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei
Wilhelm Haftung aus "culpa in contrahendo", Ge-
fährdung und Aufopferung,
NJW 1964, 1987 ff
- Canaris, Claus- Das Verlöbniß als "gesetzliches" Schuld-
Wilhelm verhältnis,
AcP 165, 1 ff
- Canaris, Claus- Ansprüche wegen "positiver Vertragsver-
Wilhelm letzung" und "Schutzwirkung für Dritte"
bei nichtigen Verträgen,
JZ 1965, 475 ff
- Canaris, Claus- Rezension über: Lehmann-Hübner,
Wilhelm Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 15. Auflage,
Berlin, 1966
in: NJW 1966, 2349 f
- Cohn, Ernst Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Ge-
schäfte,
AcP 135, 67 ff
- Coing, Helmut Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechts-
system, Festschrift für Hans Dölle, Bd.I,
S. 25 ff,
Tübingen, 1963
- Danz, Erich Die Auslegung der Rechtsgeschäfte,
3. Auflage,
Jena, 1911
- Demelius, Heinrich M. Wellspachers Vollmachtslehre,
AcP 153, 1 ff
- Dernburg, Heinrich Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen
Rechts des Deutschen Reichs und Preußens,
Bd.I, 3. Auflage,
Halle, 1906
- Deutsch, Erwin Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,
Köln, Berlin, Bonn, München, 1963

Diederichsen,Uwe	Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966,129 ff
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, Bd.I, 3.Auflage, Mannheim,Berlin,Leipzig,1930
Eccius,Max Ernst	Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Gruchot 47,209 ff
Ehrenberg,Viktor	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.4, II.Abteilung, Leipzig,1918
Endemann,Friedrich	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.I, 6.Auflage, Berlin,1899
Eichler, Hermann	Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen,1950
Engisch,Karl	Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, Stuttgart,1964
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbband, 15.Auflage, Tübingen,1960
Erman,Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz- buch, Bd.I u.II, 4.Auflage, Münster,1967
Esser,Josef	Grundlagen und Entwicklung der Gefähr- dungshaftung, München und Berlin,1941
Esser,Josef	Rezension über:Schmidt,Reimer: Die Obliegenheiten, Karlsruhe,1953 in: AcP 154,49 ff
Esser,Josef	Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", in: AcP 1957,86 ff
Esser,Josef	Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe,1960

- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen, 1964
- Esser, Josef Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 95 ff, Tübingen, 1967
- Fabricius, Fritz Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1 ff, 50 ff
- Fikentscher, Wolfgang Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, in: AcP 154, 1 ff
- Fischer, Robert Rezension über: Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, München und Berlin 1961, in: ZHR 125, 202 ff
- Flatau, Ernst Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? Gruchot 52, 753 ff
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 135 ff, Karlsruhe, 1960
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, in: AcP 161, 52 ff
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York, 1965
- Gernhuber, Joachim Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, S. 151 ff, Karlsruhe, 1957
- Goldberger, Josef Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB, Diss. Heidelberg, 1908
- Gottschalk, Rudolf Die Vollmacht zur Vornahme formbedürftiger Rechtsgeschäfte, Iher Jb 79, 212 ff

- Gottsmann, Ortwin Die Anscheinsvollmacht - Ein Unterfall der culpa in contrahendo, Diss., Köln, 1964
- Habscheid, Walther Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. u. 10. Oktober 1957, in: AcP 157, 100 ff
- Hanau, Peter Objektive Elemente der Willenserklärung, in: AcP 165, 220 ff
- Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112, 1 ff
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen, 1930
- Heckelmann, Dieter Die Anfechtung von Schuldübernahmen, Diss., Münster, 1966
- Heinsheimer-Geiler Handels- und Wechselrecht, 3. Auflage, Berlin, 1930
- Heller, Theodor Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin, 1961
- Hellwig, Konrad Rezension über: Hupka, Josef: Die Vollmacht, Leipzig, 1900, in: ZZP 29, 520 ff
- Heymann, Ernst Wechselzeichnung der Sparkassen, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. IV, S. 284 ff, Berlin und Leipzig, 1929
- Hirsch, Ernst Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, JR 1960, 291 ff
- Hitzemann, Horst-Heinrich Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten, Berlin, 1966
- von Hößlin, Klaus Rechtsschein und Kausalität im Handelsrecht, Diss., München, 1963

- Hübner, Heinz Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht,
Erlangen, 1955
- Hübner, Heinz Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung,
Festschrift für Hans-Carl Nipperdey,
Bd.I, S. 373 ff,
München und Berlin, 1965
- Hueck, Alfred Der Scheinkaufmann,
ArchBR 43, 415 ff
- Hupka, Josef Die Vollmacht,
Leipzig, 1900
- Hupka, Josef Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht,
Leipzig, 1903
- Isay, Hermann Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,
Jena, 1900
- Jacobi, Ernst Rezension über: Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozeß,
Berlin, 1908,
in: KrVJSchr 49, 66 ff
- Jacobsohn, Adolf Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums,
IherJb 56, 329 ff
- Jehle, Eugen Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers,
Diss., Tübingen, 1908
- Kallimopolus, Georgios Die Simulation im bürgerlichen Recht,
Karlsruhe, 1966
- Kipp, Theodor Rezension über: 1. Hupka, Josef: Die Vollmacht, Leipzig, 1900;
2. Hupka, Josef: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht,
Leipzig, 1903.
in: ZHR 57, 214 ff
- Kohler, Josef Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
1. Halbband,
Berlin, 1904
- Krause, Hermann Schweigen im Rechtsverkehr,
Marburg, 1933

- Krause, Hermann Allgemeine Geschäftsbedingungen und das
Prinzip des sozialen Rechtsstaates,
BB 1955, 265 ff
- Kropholler, Jan Die Anscheinshaftung im internationalen
Recht der Stellvertretung,
NJW 1965, 1641 ff
- Kuchinke, Kurt Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens,
JZ 1965, 167 ff
- Laband, Paul Die Stellvertretung bei dem Abschluß
von Rechtsgeschäften nach dem allge-
meinen Deutschen Handelsgesetzbuch,
ZHR 10, 183 ff
- Lange, Heinrich BGB - Allgemeiner Teil,
9. Auflage,
München und Berlin, 1967
- Larenz, Karl Die Methode der Auslegung des Rechtsge-
schäfts,
Leipzig, 1930
- Larenz, Karl Vertrag und Unrecht, 1. Teil,
Hamburg, 1936
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960
- Larenz, Karl Richterliche Rechtsfortbildung als
methodisches Problem,
NJW 1965, 1 ff
- Larenz, Karl Die Prinzipien der Schadenszurechnung,
JuS 1965, 373 ff
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. I: Allgemeiner Teil,
8. Auflage,
München und Berlin, 1967
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürger-
lichen Rechts,
München, 1967
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuches, 15. Auflage,
Berlin, 1966
- Lenz Inkassovollmacht des Stadtreisenden;
Rechtsschein einer Vollmacht,
JR 1931, 150 ff

- Leonhard, Franz Rezension über: Isay, Hermann:
Die Geschäftsführung nach dem Bürgerli-
chen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,
Jena, 1900,
in: KrVJSchr 44, 404 ff
- Leonhard, Rudolf Der allgemeine Theil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf
die Fortentwicklung der Rechtswissen-
schaft,
Berlin, 1900
- Lieb, Manfred Zum Handeln unter fremdem Namen,
Anmerkung zu BGHZ 45, 193,
in: JuS 1967, 106 ff
- Lorenz, Werner Rechtsfolgen formnichtiger Schuldver-
träge, Anmerkung zu BGH NJW 1965, 812,
in: JuS 1966, 429 ff
- Lüderitz, Alexander Auslegung von Rechtsgeschäften,
Karlsruhe, 1966
- Macris, Themistokles Die stillschweigende Vollmachtsertei-
lung,
Arbeiten zum Handels-Gewerbe- und
Landwirtschaftsrecht: Nr. 83,
Marburg, 1941
- Manigh, Alfred Irrtum und Auslegung,
Berlin, 1918
- Manigh, Alfred Stillschweigend bewirkte Vollmachten
im Handelsrecht,
Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II,
S. 590 ff,
Marburg, 1931
- Manigh, Alfred Das rechtswirksame Verhalten,
Berlin, 1939
- Meyer, Hans-Heinrich Die Scheinvollmacht im System der Leh-
re von der Vertretungsmacht nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuch,
Diss., Göttingen 1925
- Meyer, Herbert Das Publizitätsprinzip im Deutschen
Bürgerlichen Recht,
München, 1909
- Meyer, Herbert Vom Rechtsschein des Todes, Festgabe
der Breslauer Juristenfakultät für
Siegfried Brie,
Leipzig, 1912

- Meyer, Herbert Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura,
ZHR 81,365 ff
- Meyer, Herbert Öffentliches und Privatrecht nach germanischer Anschauung,
ZAKDR 2,49 ff
- Mitteis, Ludwig Zur Kritik des § 123 des BGB,
LZ 1909,634 ff
- Müller-Erzbach, Rudolf Kundgebungen in fremdem Interessenbereich,
Iher Jb 83,257 ff
- Müller-Erzbach, Rudolf Gefährdungshaftung und Gefahrtragung,
in: AcP 106,309 ff
- Müller-Freienfels, Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft,
Tübingen, 1955
- Natter, Edmund Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte,
Diss., Tübingen 1907
- Neumann-Duesberg, Horst Betriebsverfassungsrecht,
Berlin, 1960
- Oertmann, Paul Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil,
3. Auflage,
Berlin, 1927
- Oertmann, Paul Grundsätzliches zur Lehre vom Rechts-schein,
ZHR 95,443 ff
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch,
26. Auflage,
München und Berlin, 1967
- Pawlowski, Hans-Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen,
Göttingen, 1966
- Philipowski, Rüdiger Schweigen als Genehmigung,
BB 1964,1069 ff
- Planck, Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd.I, 4. Auflage, Berlin 1913,
Bd.III, 1. Hälfte, 5. Auflage,
Berlin und Leipzig, 1933

- Frölss, Jürgen Beweiserleichterungen im Schadensersatz-
prozeß,
Karlsruhe, 1966
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit,
Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
Festschrift zum Hundertjährigen Beste-
hen des Deutschen Juristentages, Bd.I,
S.101 ff,
Karlsruhe, 1960
- Regelsberger, Ferdi- Rezension über: Wellspacher, Moritz:
nand Das Vertrauen auf äußere Tatbestände
im bürgerlichen Recht,
Wien, 1906
in: KrVJSchr 47, 283 ff
- Regelsberger, Ferdi- Gesetz und Rechtsanwendung,
nand Iher Jb 58, 146 ff
- Reichsgerichtsräte- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson-
Kommentar derer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bundes-
gerichtshofs. Kommentar herausgegeben
von Reichsgerichtsräten und Bundesrich-
tern,
Bd.I, 1.Teil, 11.Auflage, Berlin, 1959
Bd.II, 1.Teil, 11.Auflage, Berlin, 1960
- Reichsgerichtsräte- Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Kommentar Früher herausgegeben von Mitgliedern
des Reichsgerichts.
Bd.III, 2.Auflage,
Berlin, 1963
- Reinhardt, Rudolf Die Vereinigung subjektiver und objek-
tiver Gestaltungskräfte im Vertrag,
Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler,
S.115 ff,
Karlsruhe, 1957
- Reinicke, G. und D. Die Fortbildung des Rechts durch den
Richter,
NJW 1954, 1217 ff
- Riezler, Erwin Venire contra factum proprium,
Leipzig, 1912
- Rosenberg, Leo Stellvertretung im Prozeß,
Berlin, 1908
- Rothoeft, Dietrich System der Irrtumslehre als Methoden-
frage der Rechtsvergleichung,
Tübingen, 1968

- Röver, Wilhelm Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock, 1874
- Rümelin, Max Das Handeln im fremden Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, in: AcP 93, 131 ff
- von Savigny, Friedr.-Carl System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin, 1840
- Schlegelberger-Vogels Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, Bd. I, Berlin, 1939
- Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch, Bd. I, 4. Auflage, Berlin, 1960
- Schlossmann, Siegmund Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 2. Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, Leipzig, 1902
- Schmidt, Reimer Die Obliegenheiten, Karlsruhe, 1953
- Schneider, Egon Logik für Juristen, Berlin und Frankfurt, 1965
- Schreiber, Rupert Logik des Rechts, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1962
- von Seeler, W. Vollmacht und Scheinvollmacht, ArchBR 28, 1 ff
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 10. Auflage, Stuttgart, 1967
Bd. II, 9. Auflage, Stuttgart, 1960
- Staub, Hermann Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 14. Auflage, Berlin und Leipzig, 1932
- von Staudinger, J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, Bd. I, Berlin, 1957
Bd. II, Teil: 1 b, Berlin, 1961
Bd. III, Teil: 1, Berlin, 1956

- Stein, Erwin Die verfassungsrechtlichen Grenzen
der Rechtsfortbildung durch die Rechts-
sprechung,
NJW 1964, 1745 ff
- Stoll, Heinrich Haftung aus Bescheinigung,
in: AcP 135, 89 ff
- Stoll, Heinrich Vertrag und Unrecht, 1. Halbband,
Tübingen, 1936
- Stoll, Heinrich Der Mißbrauch der Vertretungsmacht,
Festschrift für Heinrich Lehmann,
S. 115 ff,
Berlin, 1937
- Strohal, Emil Bemerkungen zum Entwurf eines bürger-
lichen Gesetzbuches für das Deutsche
Reich in zweiter Lesung,
Iher Jb 34, 325 ff
- Tengelmann, Curt Die Vertretungsmacht kraft Rechts-
scheins,
Diss., Münster, 1935
- Thiele, Wolfgang Die Zustimmungen in der Lehre vom
Rechtsgeschäft,
Köln, Berlin, Bonn, München, 1966
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts,
II. Bd., 1. Hälfte, München und Leipzig,
1914
II. Bd., 2. Hälfte, München und Leipzig,
1918
- Weber, Max Grundriß der Sozialökonomik,
3. Abteilung: Wirtschaft und Gesell-
schaft, 3. Auflage,
Tübingen, 1947.
- Wellspacher, Moritz Das Vertrauen auf äußere Tatbestände
im bürgerlichen Recht,
Wien, 1906
- Westermann, Harry Rezension über: Enneccerus-Nipperdey:
Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts, 14. Auflage,
Tübingen, 1953,
in: AcP 154, 551 ff

- Westermann, Harry Wesen und Grenzen der richterlichen Streitsentscheidung im Zivilrecht, Münster, 1955
- Westermann, Harry Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, Karl Arnold Festschrift, S. 281 ff, Köln u. Opladen, 1955
- Westermann, Harry Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes, JuS 1963, 1 ff
- Westermann, Harry Die Änderung des Nachbarrechts und der Gewerbeordnung als Beispiel für das Verhältnis von richterlicher und gesetzgeberischer Fortbildung des Rechts, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, S. 661 ff, Athen, 1963
- Westermann, Harry Einheit und Vielfalt der Wertungen in der Irrtumslehre, JuS 1964, 169 ff
- Westermann, Harry und Lepsien, Wolfgang Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965, NJW 1966, 430 ff
- Westermann, Harry Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe, 1966
- Wieacker, Franz Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 263 ff, Göttingen, 1961
- Wieacker, Franz Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JZ 1967, 385 ff
- Windscheid, Bernhard Wille und Willenserklärung, AcP 63, 72 ff
- Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Auflage, Frankfurt, 1906

- Wolff, Hans J. Theorie der Vertretung,
Berlin, 1934
- Wolff-Raiser . Sachenrecht, 10. Auflage,
Tübingen, 1957
- Zunft Anfechtbarkeit des Schweigens auf
kaufmännisches Bestätigungsschreiben,
NJW 1959, 276 f

Abkürzungsverzeichnis

=====

ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
ArchBR	= Archiv für bürgerliches Recht
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BankA	= Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
BB	= Der Betriebsberater
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	= Code civil
DB	= Der Betrieb
DNotZ	= Deutsche Notarzeitschrift
DR	= Deutsches Recht
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HansGZ	= Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
IherJb	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KrVJSchr	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	= Landesarbeitsgericht
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Motive	= Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd.I und III, Berlin und Leipzig 1888
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
OLGE	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
Protokolle	= Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.I, Berlin 1897; Bd.VI, Berlin 1899
Recht	= Das Recht
RG	= Reichsgericht
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	= Reichsoberhandelsgericht
SchZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
SeuffA	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
VersR	= Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Warn Rspr	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WM	= Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Inhaltsübersicht

	Seite
Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei an- fechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung	1
A. <u>Einleitung:</u>	1
I. Problemstellung:	1
II. Gang der Darstellung	4
B. <u>Hauptteil:</u>	5
I. Die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung	5
1. Abgrenzung der Anfechtung vom Widerruf	5
2. Das Verhältnis zwischen Bevollmächtigung und Vertretergeschäft	5
a) Die dem BGB zugrunde liegende Repräsen- tationstheorie	5
b) Die Ansicht Rosenbergs und Müller-Freien- fels'	7
c) Kritische Würdigung dieser Lehren	9
3. Die Anfechtbarkeit der Kundgabe der Bevoll- mächtigung nach §§ 171, 172 BGB	13
a) Übersicht über den Meinungsstand	13
aa) Rechtsgeschäftliches Verständnis der §§ 171, 172 BGB	14
bb) Weitere Argumente für die Zulassung der Anfechtung	16
cc) Die Rechtsscheinslehre	17
b) Kritische Stellungnahme	18
aa) Die Unterscheidung zwischen Rechtsge- schäft und Rechtshandlung	18
bb) Folgerungen aus dieser Unterscheidung für die Vollmachtskundgabe	19
cc) Analoge Anwendbarkeit der §§ 119 ff BGB auf die geschäftsähnlichen Handlungen der §§ 171, 172 BGB	23

	Seite
4. Die einzelnen Anfechtungsgründe	27
a) Irrtum	27
b) Arglistige Täuschung	28
aa) Externe Bevollmächtigung	29
bb) Interne Bevollmächtigung	31
cc) Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung	39
5. Anfechtungsgegner	40
6. Rechtsfolgen der Anfechtung	45
II. Die Nichtigkeit der Bevollmächtigung	47
1. Die Unabhängigkeit der Bevollmächtigung vom Grundverhältnis	47
2. Der Schutzzweck der §§ 171 ff BGB	49
3. Die einzelnen Nichtigkeitsgründe	50
a) Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit	50
b) Mentalreservation	55
c) Scheingeschäft	60
d) Scherzerklärung	63
e) Formnichtigkeit	64
f) Gesetzes- und Sittenwidrigkeit	67
III. Darstellung der Anscheinsvollmacht	70
1. Geltungsgrund der Anscheinsvollmacht	70
2. Abgrenzung von der Duldungsvollmacht	76
3. Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht	82
a) Objektiver Vertrauenstatbestand	83
b) Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbe- standes	86
c) Ursächlichkeit des Rechtsscheins	91
d) Gutgläubigkeit des Geschäftspartners	95
4. Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht	96
5. Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht	103

	Seite
IV. In welchen Fällen erfüllt eine angefochtene oder aus einem anderen Grund nichtige Bevollmächtigung die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht?	105
1. Objektiver Vertrauenstatbestand	105
a) Externe Bevollmächtigung	105
b) Interne Bevollmächtigung	107
2. Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes	111
a) Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit	111
b) Mentalreservation, Scheingeschäft, Scherzerklärung	116
c) Irrtum	118
d) Arglistige Täuschung	120
e) Drohung	121
f) Nichtigkeit gemäß §§ 125, 134, 138 BGB	124
3. Ursächlichkeit des Rechtsscheins	125
4. Gutgläubigkeit des Geschäftspartners	127
5. Zusammenfassung	132
V. Bedenken gegen die Annahme einer Anscheinsvollmacht bei einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung	133
1. Wertungswiderspruch zu §§ 116 ff BGB ?	134
2. Wertungswiderspruch zu § 179 BGB ?	137
VI. Kritische Würdigung dieser Einwände	139
1. Die Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB	140
2. Der Interessenkonflikt bei der Bevollmächtigung	144
3. Spezielle Bewertungsfaktoren im Recht der Stellvertretung	148
a) § 164 II BGB	149
b) § 56 HGB	153
4. Zusammenfassende Stellungnahme	156

	Seite
5. Verhältnis der Anscheinsvollmacht zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht	158
a) Vertrauensbeziehung zwischen Geschäftspartner und Vertreter in § 179 BGB	158
b) Vertrauensbeziehung zwischen Geschäftspartner und Vollmachtgeber bei der Anscheinsvollmacht	159
C. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	162

Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht

bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung

A. Einleitung:

I. Problemstellung:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ und des Bundesgerichtshofs²⁾ liegt eine Anscheinsvollmacht vor, wenn der Geschäftsherr das Auftreten seines angeblichen Vertreters zwar nicht kannte, es aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und der Geschäftspartner dieses Verhalten nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung auffassen durfte. Bei ihr handelt es sich, wie heute allgemein anerkannt wird,³⁾ nicht um einen Fall rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht, sondern um eine dem Vertretenen kraft Gesetzes auferlegte Vertrauenshaftung. Wenn die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht gegeben sind, so hat dies zur Folge, daß der Geschäftsherr genauso gebunden wird wie durch die Vollmachtserteilung. Der Geschäftsherr haftet also dem Geschäftspartner auf Erfüllung, bei Unmöglichkeit und Verzug auf das Erfüllungsinteresse, während eine Haftung des Vertreters gegenüber dem Geschäftspartner aus § 179 BGB entfällt, obwohl er ohne Vollmacht handelte. Dieses Ergebnis ist auffallend, denn nach der gesetzlichen Systematik des BGB führt die Vertrauenshaftung,

1) Aus der Fülle der Entscheidungen vergl.: RGZ 65,295; 100,49; WarnRspr 1923/24 Nr.157; HRR 1931 Nr.529, RGZ 170,284.

2) BGHZ 5,111; MDR 1953,345; NJW 1954,460; LM § 167 BGB Nr.10 und Nr.13; VersR 1965,135; NJW 1966,1915.

3) Vergl.: BGH NJW 1962, 1003; Kuhn im RGRK, § 167 Anm.6; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167 Anm.23; Westermann, JuS 1963,6; Fabricius, JuS 1966,4.

wie ein Blick auf die §§ 122: 179 II; 307 ; 309 BGB zeigt, in der Regel nur zum Ersatz des negativen Interesses.

Die unterschiedlichen Haftungsfolgen werden besonders deutlich bei der angefochtenen oder aus einem sonstigen Grunde nichtigen Bevollmächtigung. Hier kann sich der gutgläubige Geschäftspartner - von §§ 171, 172 BGB einmal abgesehen - grundsätzlich nur gemäß § 179 BGB an den unter Umständen insolventen Vertreter halten, allenfalls gemäß § 122 BGB den Geschäftsherrn auf Ersatz des Vertrauensschadens in Anspruch nehmen. Bei einer nach § 119 BGB anfechtbaren Außenvollmacht kann daher der Geschäftsherr seine Haftung auf das negative Interesse herabsetzen, während er bei der Anscheinsvollmacht stets auf Erfüllung haftet.

Diese Haftungsdivergenz ist auffallend, denn auch die Anscheinsvollmacht setzt den objektiven Erklärungstatbestand einer Bevollmächtigung voraus. Es kann daher nicht einleuchten, daß bei einer nach § 119 BGB anfechtbaren Außenvollmacht, bei der lediglich ein fehlerhafter Geschäftswille vorliegt, der Vertretene lediglich gemäß § 122 BGB zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet ist, während bei der Anscheinsvollmacht, bei der die subjektiven Voraussetzungen einer Willenserklärung völlig fehlen, stets eine Erfüllungshaftung eintritt.

Ein ähnlicher Wertungswiderspruch¹⁾ besteht auch zwischen der Außenvollmacht gemäß § 167 I BGB und der Kundgabe

1) Ein Wertungswiderspruch ist gegeben, wenn die Rechtsordnung - bei Anlegung eines gesetzesimmanenten Maßstabes - gleichsinnige Tatbestände verschieden bewertet, sie also mit ihren eigenen Wertungen in Konflikt gerät, vergl. Englisch, S.160 f.; Larenz, Methodenlehre, S.254 f. Wenn Schreiber, S.60, die Möglichkeit von Wertungswidersprüchen leugnet, so beruht diese Argumentation auf dem Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, die sich - wie die Beispiele bei Englisch und Larenz zeigen - nicht immer verwirklichen läßt, vergl.: Englisch, S.235 Anm. 204 a; Lüderitz, S.41 f.

der Bevollmächtigung gemäß § 171 BGB. Nach h.M.¹⁾ soll nämlich die Vollmachtskundgabe im Gegensatz zur externen Bevollmächtigung unanfechtbar sein, da es sich bei den §§ 171, 172 BGB um gesetzlich geregelte Fälle der Scheinvollmacht handele. Es macht danach einen wesentlichen Unterschied aus, ob der Vertretene dem Geschäftspartner erklärt, er bevollmächtige seinen Angestellten oder er habe ihn bevollmächtigt. Im ersten Fall kann nämlich der Vertretene seine Erklärung gemäß §§ 119 ff BGB mit der Folge anfechten, daß er lediglich zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet ist, während er im zweiten Fall stets auf Erfüllung haftet.

Auf die Ungereimheit dieser Ergebnisse hat erst kürzlich Rothoeft in seiner Abhandlung "System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung"²⁾ hingewiesen. Um die Wertungsdivergenz zwischen den Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht und denen der angefochtenen Bevollmächtigung auszugleichen, will er auch bei der Anscheinsvollmacht eine Anfechtung gegen Ersatz des Vertrauensschadens (§ 122 BGB) zulassen. Dieser Lösungsvorschlag begegnet aber insofern Bedenken, als hierdurch der als notwendig erkannte Schutz des Geschäftspartners, der für die Entwicklung der Anscheinsvollmacht bestimmend war, in weitem Umfang wieder aufgegeben wird. Daher soll im folgenden untersucht werden, ob eine Haftung kraft Anscheinsvollmacht auch bei einer angefochtenen oder aus einem sonstigen Grunde nichtigen Bevollmächtigung eintreten kann. Durch eine solche Ausweitung der Anscheinsvollmacht könnte nämlich der aufgezeigte Wertungswiderspruch weitgehend beseitigt werden. In den vielfältigen Untersuchungen über die Anscheinsvollmacht ist dieser Problemkreis bisher kaum angeschnitten worden.

1) Enneccerus-Nipperdey, § 184 II 3 b: von Staudinger-Coing, §§ 171, 172 Anm. 3; und 10; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 171 Anm. 3; Erman-Böhle-Stamschräder, § 171 Anm. 6; Oertmann, § 171 Anm. 2a und § 172 Anm. 1 c; Wellspacher, S. 83 ff.

2) S. 97 f.

II.

Gang der Darstellung:

Der Aufbau der folgenden Ausführungen ist durch die Problemstellung vorgegeben. Es wird zunächst erörtert, in welchen Fällen die Bevollmächtigung anfechtbar bzw. nichtig ist, d.h. ob die allgemeinen Regeln der §§ 104 ff BGB auf die Bevollmächtigung uneingeschränkt oder nur modifiziert anwendbar sind. Es schließt sich an eine kurze Darstellung der Lehre von der Anscheinsvollmacht, wobei besonders auf die Kritik Flumes¹⁾ an der herrschenden Lehre eingegangen werden soll. Sodann wird geprüft, inwieweit eine anfechtbare bzw. nichtige Bevollmächtigung die Tatbestandsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht erfüllt. Nach einer Zusammenfassung der vorläufigen Ergebnisse folgt eine kritische Würdigung möglicher Einwände, die sich vor allem aus der gesetzlichen Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB bzw. der §§ 177 ff BGB ergeben. Zum Schluß soll der Versuch unternommen werden, das Verhältnis zwischen der Anscheinsvollmacht und der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 BGB zu klären, um eine mögliche Wertungsdiskrepanz zwischen den beiden Rechtsinstituten weitestgehend einzuebnen.

1) Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S.180 ff; Allg.Teil, S.832 ff.

B. Hauptteil:
 =====

I. Die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung

1. Abgrenzung der Anfechtung vom Widerruf

Gemäß § 167 I BGB stellt die Bevollmächtigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die sowohl dem Vertreter als auch dem Geschäftspartner gegenüber abgegeben werden kann. Hieraus ergibt sich ihre Anfechtbarkeit nach den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff BGB. Bedeutung erlangt die Frage der Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung aber erst, wenn der Vertreter auf Grund der ihm erteilten Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat; denn vor Abschluß des Vertretergeschäftes kann die Vollmacht in der Regel jederzeit widerrufen werden, § 168, 2 BGB. Solange der Vertreter noch nicht tätig geworden ist, wird die Anfechtung nur bei der unwiderruflichen Vollmacht relevant. Auf die Streitfrage, ob vor Gebrauch der Vollmacht die Vorschriften über den Widerruf als *leges speciales* die §§ 119 ff BGB ausschließen¹⁾ oder beide Gestaltungsrechte selbständig nebeneinander bestehen²⁾, soll hier nicht näher eingegangen werden, da sie keine praktische Bedeutung hat.

2. Das Verhältnis zwischen Bevollmächtigung
 und Vertretergeschäft

a) Die dem BGB zugrunde liegende Repräsentationstheorie

1) So Jehle, S.90; Rosenberg, S.717; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.26.

2) So Flume, Allg. Teil, S.867.

Die dem BGB zugrunde liegende Repräsentationstheorie unterscheidet scharf zwischen der Bevollmächtigung und dem Vertretergeschäft. Sie sieht "in diesen beiden Willenserklärungen zwei selbständige Rechtsgeschäfte, welche auch bezüglich des Einflusses von Willensmängeln jedes für sich zu beurteilen sind".¹⁾ Da nach der Repräsentationstheorie der Vertreter der rechtsgeschäftlich Handelnde ist, können allein Willensmängel des Vertreters die Anfechtung des Ausführungsgeschäfts begründen. Willensmängel des Vollmachtgebers wirken sich dagegen unmittelbar nur auf die Bevollmächtigung aus. Die Anfechtung zerstört die Vollmacht mit ex tunc-Wirkung (§ 142 I BGB) und ergreift daher mittelbar auch die auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte: diese sind von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen worden und daher für den Geschäftsherrn unverbindlich.

In der konstruktiv-begrifflich begründeten Durchführung des Trennungsdogmas gingen die Verfasser des BGB sogar so weit, die Anfechtung der Bevollmächtigung zuzulassen, auch wenn ein der Vollmachtserteilung zugrunde liegender Willensmangel für das nachfolgende Vertretergeschäft gar nicht relevant geworden ist.²⁾ Ein solcher Fall kann häufig eintreten: der Geschäftsherr hat bei einer Einkaufsvollmacht irrtümlich auf Grund eines Schreibfehlers eine zu hohe Preisgrenze angegeben, der Vertreter aber zu einem Preis eingekauft, der innerhalb der vom Geschäftsherrn gewollten Preisgrenze liegt; ein Kaufmann irrt sich bei der Erteilung einer Handlungsvollmacht über persönliche Eigenschaften seines Angestellten (z.B. Vorstrafen wegen Betrugs), der Angestellte

1) So Protokolle, Bd.I, S.141.

2) Vergl.: Protokolle, Bd.I, S.142.

mißbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen aber nur bei zwei Geschäftsabschlüssen. Nach Ansicht der Gesetzesverfasser kann der Geschäftsherr im ersten Fall die Einkaufsvollmacht anfechten, obwohl das Vertretergeschäft seinem Willen entspricht.¹⁾ Im zweiten Fall soll die Anfechtung der Handlungsvollmacht dazu führen, daß sämtliche Rechtsgeschäfte, die der Angestellte abgeschlossen hat, hinfällig werden, wenn auch der dem Kaufmann unterlaufene Irrtum sich nur auf zwei Vertretergeschäfte ausgewirkt hat.

b) Die Ansicht Rosenbergs und Müller-Freienfels'

Um in den angeführten Fällen die Anfechtbarkeit einzuschränken, hat Rosenberg in seiner Abhandlung über die "Stellvertretung im Prozeß" die Ansicht vertreten, daß Willensmängel des Vollmachtgebers nicht zur Anfechtung der Vollmacht, sondern nur zur Anfechtung des Vertretergeschäfts berechtigen. Die Anfechtung der Vollmacht habe nämlich den alleinigen Zweck, den Geschäftsherrn von den Rechtsfolgen des Vertretergeschäfts zu befreien; dem müsse die rechtliche Regelung entsprechen.²⁾ Zur Stützung seiner These führt er folgendes Bild an: "Die Vollmacht öffnet der Wirkung des stellvertretenden Handelns das Tor zu dem Rechtskreise des Vertretenen. Stand das Tor offen, so ist die Wirkung für und gegen den Machtgeber eingetreten. Dieser kann die Wirkung der Vertreterhandlung nicht dadurch beseitigen, daß er nunmehr das Tor schließt".³⁾ Rosenberg verkennt zwar nicht, daß seine Lehre

1) Auch die in § 119 I BGB enthaltene Einschränkung "wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde" führt nicht zum Ausschluß der Anfechtung, da die Verfasser des BGB bei der Frage der Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung das Vertretergeschäft nicht berücksichtigten.

2) S. 737 f.

3) S. 740 f.

mit der dem BGB zugrunde liegenden Dogmatik des Stellvertretungsrechts im Widerspruch steht, meint aber, diesen Widerspruch in Kauf nehmen zu müssen, da man nur so zu sinnvollen und tragbaren Ergebnissen gelangen könne.¹⁾ Nur auf diesem Wege lasse sich z.B. die mißliche und durch keine rechtspolitische Erwägung zu rechtfertigende Konsequenz vermeiden, daß die Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 II BGB) bei Innen- und Außenvollmacht verschieden seien.²⁾ Da die Vollmacht auf die Aneignung der Rechtsfolgen der Vertreterhandlung gerichtet sei, könne sie ihren Inhalt nicht dadurch ändern, daß sie dem Vertreter oder dem Dritten gegenüber erklärt werde.³⁾ Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anfechtung müßten daher bei Innen- und Außenvollmacht gleich sein. Allein von seinem Standpunkt aus könne man zu einer befriedigenden Lösung in dem Fall kommen, daß bei einer umfassenden Vollmacht nur einige der Vertretergeschäfte von dem Willensmangel des Geschäftsherrn betroffen worden seien.⁴⁾

Diese Ansicht Rosenbergs, die im Schrifttum nur wenig Anklang gefunden hat,⁵⁾ ist von Müller-Freienfels in modifizierter Form wiederaufgegriffen worden. In seiner Schrift "Die Vertretung beim Rechtsgeschäft" hat er die These vertreten, daß die Bevollmächtigung nicht ein selbständiges Rechtsgeschäft sei, sondern nur ein Tatbestandsteil des "Rechtsgeschäfts in Vertretung" darstelle; Bevollmächtigung und Vertretergeschäft zusammen bildeten erst ein einheitliches Rechtsgeschäft.⁶⁾ Zwar sei die Bevollmächtigung als "Willenserklärung" nach §§ 119 ff BGB anfechtbar, durch die

1) S.739 f.

2) S.731.

3) S.739.

4) S.742.

5) Zustimmend nur Ehrenberg-Brodmann, S.140; Stoll, Vertrag und Unrecht, S.51. Jacobsohn, S.386, dagegen will der Rosenberg'schen Konzeption nur bei der Spezialvollmacht folgen.

6) Vergl. S.190 ff.

Anfechtung werde aber nach § 142 I BGB das "Rechtsgeschäft in Vertretung" hinfällig.¹⁾ Auf diesem Wege kommt Müller-Freienfels ebenso wie Rosenberg zu einem Ausschluß der Haftung des Vertreters aus § 179 BGB. Schon von seiner ratio legis her - Verursachungshaftung des Vertreters für objektiv fehlerhaftes Verhalten - sei § 179 BGB bei der Anfechtung der Bevollmächtigung nicht anwendbar. Vielmehr sei es richtiger, die anfechtbare Bevollmächtigung ebenso zu behandeln wie ein irrtumsbefangenes Eigengeschäft des Prinzipals und in beiden Fällen dem Geschäftspartner lediglich einen Schadensersatzanspruch aus § 122 BGB zu gewähren. Gegen die h.L., die Bevollmächtigung und Vertretergeschäft als zwei selbständige Rechtsgeschäfte auffasse, spreche auch, daß sich ohne Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Gesamtstatbestandes gar nicht beurteilen lasse, ob die Bevollmächtigung anfechtbar sei.²⁾

c) Kritische Würdigung dieser Lehren

Die Auffassung, daß Willensmängel der Bevollmächtigung nur Einfluß auf das Vertretergeschäft haben, ist schon von einem Kommissionsmitglied bei der Beratungen zum BGB vertreten worden, das den Antrag stellte: "Willensmängel des Rechtsgeschäfts, durch welches die Vollmacht erteilt ist, wirken in Ansehung eines von dem Bevollmächtigten oder gegenüber demselben vorgenommenen Rechtsgeschäfts in gleicher Weise, wie wenn das Rechtsgeschäft von dem Vollmachtgeber oder gegenüber demselben vorgenommen wäre".³⁾ Es begründete seinen Antrag damit, daß Bevollmächtigung und Vertretergeschäft Teile eines dem Dritten gegenüber einheitlichen Rechtsakts darstellten. "Es liege eine Zusammenschließung mehrerer Willenserklärungen zu einem Rechtsgeschäft vor".⁴⁾ Der Antrag

1) Vergl. S.402 ff.

2) Vergl. S.404.

3) Protokolle, Bd.I, S.140.

4) Protokolle, Bd.I, S.141.

wurde aber von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder abgelehnt, weil die ihm zugrunde liegende Auffassung vom Verhältnis der Bevollmächtigung zum Vertretergeschäft sich "wegen ihrer Neuheit und Künstlichkeit nicht zur Anerkennung im Gesetz eigne".¹⁾ Sie stelle den Geschäftspartner auch ungünstiger als der Entwurf, da sie ihm keinen Anspruch gegen den Bevollmächtigten nach den Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht gewähre.

Eine solche historisch-genetische Gesetzesinterpretation reicht aber nicht aus, um die Lehre von Rosenberg und Müller-Freienfels zu widerlegen. Denn verbindlich für die Gesetzesanwendung sind nicht die dogmatischen Einsichten des Gesetzgebers, sondern allein die von ihm getroffenen Rechtsfolgenanordnungen. Soweit sich mit diesen verschiedene dogmatische Erklärungen vereinbaren lassen, hat die Wissenschaft freie Hand.²⁾ Aus dieser Überlegung ergibt sich, daß der dem BGB zugrunde liegenden Repräsentationstheorie für die Lösung der vorliegenden Problematik nur insoweit ein heuristischer Wert zukommt, als sie in den gesetzlichen Interessenbewertungen einen Niederschlag gefunden hat. Für die Frage, welche Bedeutung Willensmängeln des Vollmachtgebers zukommt, sind daher allein die in den §§ 167, 166 BGB enthaltenen Interessenbewertungen maßgeblich. Ihnen kann aber nur entnommen werden, daß Willensmängel des Vollmachtgebers auf das Vertretergeschäft keinen unmittelbaren Einfluß haben sollten,³⁾ sondern allein zur Anfechtung der Bevollmächtigung berechtigen. Von ihrer rechtspolitischen Zweckmäßigkeit einmal abgesehen, scheitert die Auffassung Rosenbergs daher bereits an § 166 BGB.

1) Protokolle, Bd. I, S. 142.

2) Vergl.: Canaris, AcP 165, 14.

3) Nach h.M. ist § 166 II BGB wegen seines Ausnahmecharakters auf Willensmängel des Vollmachtgebers nicht auszudehnen, vergl. statt aller: Erman-Böhle-Stamschräder, § 166 Anm. 11.

Aber auch bei Anerkennung der Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung darf ihre Sinnbezogenheit auf das Vertretergeschäft nicht aus dem Auge verloren werden.¹⁾ Dieser Sinnzusammenhang von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft wird von den Verfassern des BGB zu sehr vernachlässigt, wenn sie in strikter Durchführung des Trennungsdogmas die Ansicht vertreten, daß die Anfechtung der Vollmacht ihre totale Nichtigkeit zur Folge habe und auch die Vertretergeschäfte hinfällig mache, die vom Willensmangel des Vollmachtgebers gar nicht berührt worden sind.²⁾ Hierbei handelt es sich um eine doktrinaire Schlußfolgerung aus der Repräsentationstheorie, die von Rosenberg mit Recht angegriffen worden ist. Da aber - wie oben ausgeführt - der Repräsentationstheorie für die Gesetzesanwendung nur ein beschränkter Wert zukommt, ist es nicht erforderlich, die Anfechtbarkeit der Vollmacht gänzlich auszuschließen, um zu einer Berücksichtigung der Sinnbezogenheit von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft zu kommen. Vielmehr bestehen keinerlei Bedenken dagegen, die Anfechtung der Vollmacht nur dann zuzulassen, wenn der Willensmangel des Geschäftsherrn auf das Vertretergeschäft Einfluß genommen hat.³⁾ Da die Vollmacht ihren Sinn erst durch das Vertretergeschäft erhält, kann die Frage ihrer Anfechtbarkeit nur bei Berücksichtigung dieses Sinnzusammenhangs sachgerecht gelöst werden. In dem oben angeführten Beispiel, daß der Geschäftsherr bei einer Einkaufsvollmacht die Preisgrenze irrtümlich zu hoch angegeben hat, steht dem Geschäftsherrn daher kein Anfechtungsrecht zu. In dem zweiten Fall, in dem sich ein Kaufmann bei der Erteilung einer Handlungsvollmacht über die Zuverlässigkeit seines Angestellten geirrt hat, bewirkt die Anfechtung der Vollmacht nur die Hinfällig-

1) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 860.

2) Vergl.: Protokolle, Bd. I, S. 142.

3) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 137 ff; Jehle, S. 93 ff.

keit der Vertretergeschäfte, in denen der Irrtum des Vollmachtgebers relevant geworden ist.

Diese partielle Aufrechterhaltung der Vollmacht läßt sich auf den Rechtsgedanken des § 139 BGB stützen.¹⁾ Wenn Rosenberg²⁾ und von Tuhr³⁾ hiergegen einwenden, die Anfechtung der Bevollmächtigung führe wegen ihrer Unteilbarkeit zu einer Beseitigung sämtlicher Vertretergeschäfte, so verkennen sie die der Vollmacht immanente Sinnbezogenheit auf das Vertretergeschäft. Da dogmatischer Grund der Anfechtung der fehlerhafte Wille ist,⁴⁾ darf sie auch nur insoweit zugelassen werden, wie der fehlerhafte Wille relevant geworden ist.⁵⁾ Die Reichweite des fehlerhaften Willens läßt sich aber bei der Bevollmächtigung nur unter Hinzuziehung des Vertretergeschäfts beurteilen.

Auf den weiteren von Rosenberg vorgebrachten Einwand, keine rechtspolitische Erwägung könne es rechtfertigen, daß die Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Innen- und Außenvollmacht verschieden seien, wird noch an einer späteren Stelle dieser Arbeit⁶⁾ zurückzukommen sein. Dies gilt auch für die Bedenken Müller-Freienfels' gegen eine Haftung des Vertreters aus § 179 BGB bei einer angefochtenen Bevollmächtigung.⁷⁾

1) Vergl.: Natter, S. 41; Jehle, S. 95.

2) " S. 716.

3) Bd. II, 2, S. 390.

4) Auf die neuerdings von Pawlowski, S. 305, vertretene Meinung, Geltungsgrund der Anfechtung sei nicht der fehlende Wille, sondern allein die menschliche Schwäche, denn auch eine irrige Willenserklärung verwirkliche die Privatautonomie (S. 298), kann in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden.

5) Zum Problemkreis der Teilanfechtung vergl.: RG SeuffA 85, 20; RGZ 146, 234 ff; Erman-Westermann, § 139 Anm. 5; Enn.-Nipperdey, § 203 II 2; Flume, Allg. Teil, S. 561 f.

6) S. 37 d. Arb.

7) S. 46 Anm. 1 d. Arb.

3. Die Anfechtbarkeit der Kundgabe der Bevollmächtigung nach §§ 171, 172 BGB

Bevor näher auf die Bedeutung der einzelnen Anfechtungsgründe für die Bevollmächtigung eingegangen wird, muß noch geklärt werden, ob auch die Vollmachtskundgabe nach §§ 171, 172 BGB der Anfechtung unterliegt. Hierzu ist eine genaue dogmatische Analyse der gesetzlichen Tatbestände der §§ 171 ff BGB erforderlich, die uns der Beantwortung der Frage, ob sich aus einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht ergeben kann, einen wesentlichen Schritt näher bringt.

a) Übersicht über den Meinungsstand

Wie verworren der Meinungsstreit in dieser Frage ist, zeigt sich bei Enneccerus-Nipperdey. In § 184 II 3 b führt Nipperdey aus, daß eine Anfechtung der Kundgebungsakte der §§ 171, 172 BGB ausgeschlossen sei, "da die Wirkung an ein tatsächliches Verhalten geknüpft ist, das den Rechtschein einer Vollmacht hervorgerufen hat". In § 203 III 8 b liest man aber mit Überraschung: "War aber die Vollmacht dem Dritten erklärt oder ihm öffentlich mitgeteilt oder die ausgestellte Vollmachtsurkunde dem Dritten vorgelegt, so ist die Vollmacht nach dem §§ 170-172 dem Dritten, bei öffentlicher Mitteilung jedem Dritten gegenüber gleichwohl wirksam. Insofern kann sie also nur durch eine besondere, gegen die ihm gegenüber erfolgte Erklärung oder gegen die Mitteilung gerichtete Anfechtung beseitigt werden, falls auch hinsichtlich dieser Erklärung oder Mitteilung ein Anfechtungsgrund vorliegt".¹⁾

1) Auch in § 207 II 4 will Nipperdey eine Anfechtung der Vollmachtsanzeige zulassen, wenn sie eine andere als die wirklich gemeinte Person als bevollmächtigt angibt.

Da die Ausführungen Nipperdeys widersprüchlich sind, können sie zur Lösung der Frage nichts beitragen. Es muß untersucht werden, welche Meinungen sonst noch zum angeschnittenen Problemkreis vertreten werden.

aa) Rechtsgeschäftliches Verständnis der §§ 171, 172 BGB

Die ältere Lehre¹⁾ betrachtete die Vollmachtskundgabe überwiegend als Rechtsgeschäft und leugnete daher einen Unterschied zwischen der Außenvollmacht nach § 167 I BGB und den Kundgebungsakten der §§ 171, 172 BGB. Aus dem rechtsgeschäftlichen Charakter folgerte sie ihre Anfechtbarkeit nach den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff BGB.

Diese rechtsgeschäftliche Betrachtungsweise ist neuerdings von Flume²⁾ wiederaufgegriffen worden. Bei der Kundgabe der Bevollmächtigung nach §§ 171, 172 BGB handele es sich - so führt Flume³⁾ aus - um einen selbständigen, rechtsgeschäftlichen Begründungsakt der Vertretungsmacht; denn Vertretungsmacht sei nichts anderes als Legitimation, und es sei daher unverständlich, warum diese nicht auch durch Kundgabe "wirklich" begründet werden könne. Der für das Vertretungsrecht entscheidende Unterschied bestehe nicht zwischen der Vollmachtserteilung nach § 167 I BGB und der Vollmachts-

1) Vergl.: Kohler, Bd. I, S. 440: Die Vollmachtsurkunde sei ein "Apparat", der immer wieder die Vollmacht erkläre und ähnlich wirke wie ein Phonograph; Fr. Leonhard, KrVJSchr 44, 418; R. Leonhard, S. 321, Anm. 3; Bekker, IherJb 49, 38 ff (49); Planck-Flad, § 172 Anm. 1a; Ehrenberg-Brodmann, S. 118; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 41 ff, unterscheiden zwischen § 172 und § 171; § 171 soll stets rechtsgeschäftlichen Charakter haben, § 172 dagegen nur dann, wenn die Urkunde mit Willen des Vollmachtgebers dem Dritten vorgelegt wird.

2) Allg. Teil, S. 823 ff.

3) Vergl.: S. 825.

kundgabe nach §§ 171, 172 BGB, sondern allein zwischen der internen und der externen Bevollmächtigung.

Während die oben angeführte Lehre in der Vollmachtskundgabe stets eine Willenserklärung sieht, erkennt eine andere Gruppe im Schrifttum den Kundgebungsakten der §§ 171, 172 BGB nur unter gewissen Umständen rechtsgeschäftlichen Charakter zu.¹⁾ So soll nach von Tuhr²⁾ und Manigh³⁾ die Vollmachtsmitteilung dann eine Willenserklärung sein, wenn der Geschäftsherr nur äußerlich die Form der Mitteilung gewählt hat (z.B.: "ich habe Herrn B bevollmächtigt"), in Wirklichkeit aber durch diese Mitteilung erst eine Bevollmächtigung erklären will. Die Aushändigung der Vollmachtsurkunde dagegen soll nach von Tuhr⁴⁾ nur dann eine externe Bevollmächtigung begründen, wenn der Vertreter die Urkunde im Auftrag des Geschäftsherrn dem Dritten vorlegt. Aber auch in den übrigen Fällen, in denen die Vollmachtskundgabe nach §§ 171, 172 BGB eine geschäftsähnliche Handlung darstellt, soll sie nach Manigh⁵⁾ und von Tuhr⁶⁾ der Anfechtung nach §§ 119 ff BGB unterliegen; es bestehe kein Grund, für die Zurechenbarkeit dieser geschäftsähnlichen Handlungen andere Maßstäbe aufzustellen als für Willenserklärungen.

1) Vergl.: Jacobi, KrVJSchr 49, 93; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 380 ff; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 605 f; H. Meyer, ZHR 81, 375 f; nach ihm soll die Vollmachtskundgabe dann rechtsgeschäftliche Bedeutung haben, wenn eine Bevollmächtigung gegenüber dem Vertreter nicht erfolgt oder diese Erklärung nichtig ist, da die Vollmacht wie jedes andere Rechtsverhältnis nur einmal begründet werden könne.

2) Bd. II, 2, S. 382.

3) Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 605 f.

4) Bd. II, 2, S. 380, 383.

5) Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 605 f.

6) Bd. II, 2, S. 389.

bb) Weitere Argumente für die Zulassung der Anfechtung

Aber auch Schriftsteller, die in den §§ 171, 172 BGB generell Fälle gesetzlicher Vertretungsmacht sehen, bejahen die Anfechtbarkeit dieser Kundgebungsakte.¹⁾

Als Begründung führen sie an, dem Zweck der §§ 171, 172 BGB entspreche es, die Wirksamkeit der Vollmachtskundgabe nicht weiterzuerstrecken, als wenn zur Zeit der Kundgabe eine Bevollmächtigung gegenüber dem Geschäftspartner stattgefunden habe. Es sei nämlich kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, dem Dritten bei der Kundgabe der Bevollmächtigung einen größeren Schutz zu gewähren als bei der Außenvollmacht. Da die Außenvollmacht anfechtbar sei, müsse auch die Vollmachtskundgabe der Anfechtung unterliegen.²⁾ Die Kundgebungsakte der §§ 171, 172 BGB könnten natürlich nur wegen eines Willensmangels angefochten werden, der gerade sie betreffe. Irre sich der Geschäftsherr bei der Kundgabe lediglich über die Wirksamkeit der Innenvollmacht, so liege ein unbeachtlicher Motivirrtum vor.³⁾

1) So Hupka, Vollmacht, S. 165, 170; Rosenberg, S. 721 f; Jehle, S. 53 f; Goldberger, S. 67 ff; Macris, S. 178 ff; Lehmann-Hübner, § 36 V 2 b; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV a, der allerdings die Vollmachtskundgabe gemäß § 172 BGB für nicht anfechtbar hält. Ein sachlicher Grund für eine solche Differenzierung zwischen § 171 BGB und § 172 BGB ist aber nicht ersichtlich. Das Gesetz stellt vielmehr in § 172 I BGB beide Fälle ausdrücklich gleich; vergl. auch OLG Dresden, Recht 07, 445, das die Anfechtung der Vollmachtskundgabe gemäß § 172 BGB wegen arglistiger Täuschung für zulässig erachtet.

2) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 165, 170; Jehle, S. 53 f; Macris, S. 178.

3) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 164 f; Rosenberg, S. 722; Planck-Flad, § 171, Anm. 3; Macris, S. 177; Lehmann-Hübner, § 36 V 2 b.

cc) Die Rechtsscheinslehre

Die heute h.M. sieht dagegen im Anschluß an von Seeler¹⁾ und Wellspacher²⁾ die §§ 171, 172 BGB als gesetzliche Tatbestände der Scheinvollmacht an und schließt daraus auf die Unanfechtbarkeit dieser Kundgebungsakte.³⁾ Da die Kundgabe der Bevollmächtigung einen Rechtsschein begründet, eine Vertrauenssituation geschaffen habe, könne sie durch Anfechtung nach den §§ 119 ff BGB nicht rückwirkend beseitigt werden.⁴⁾ Die Anfechtung widerspreche auch dem Zweckgedanken des Gesetzes, da durch sie der durch die §§ 171, 172 BGB offensichtlich geförderte Vertrauensschutz Dritter wieder abgeschwächt werde.⁵⁾

Auf den Widerspruch, der sich daraus ergibt, daß die Außenvollmacht nach § 170 BGB anfechtbar ist, geht die h.M. in der Regel nicht ein oder versucht ihn dadurch aufzulösen, daß sie aus der Unanfechtbarkeit der Vollmachtskundgabe den Ausschluß der Anfechtung bei der Außenvollmacht folgert.⁶⁾ Nur Wellspacher hat sich mit diesem Widerspruch ausführlich auseinandergesetzt.⁷⁾ Er sieht ihn darin be-

1) Vollmacht und Scheinvollmacht, ArchBR 28, 1 ff, 36.

2) Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, S.83 ff.

3) Vergl.: Oertmann, § 171 Anm.2a; § 172, Anm.1 c; Schlegelberger-Vogels, § 171, Anm.1; Larenz, Vertrag und Unrecht, S.70, 99; von Staudinger-Coing, §§ 171, 172 Anm.3 und 10; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 171, Anm.3; Erman-Böhle-Stamschräder, § 171, Anm.6.

4) So von Seeler, ArchBR 28, 36; Larenz, JW 34, 224; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 171, Anm.3; von Staudinger-Coing, §§ 171, 172, Anm.3.

5) Oertmann, § 171, Anm.2a; von Staudinger-Coing, §§ 171, 172, Anm.10.

6) So von Staudinger-Coing, § 170, Anm.2.

7) Vergl.: S.83 ff.

gründet, daß zwischen der Irrtumsregelung der §§ 119 ff BGB und der Ausgestaltung des Gutglaubensschutzes im BGB ein Wertungswiderspruch bestehe. Dies zeige sich besonders deutlich im Vertretungsrecht, wo neben der Anzeige (§ 171 BGB) und der Urkunde (§ 172 BGB) auch eine Willenserklärung (§ 170 BGB) die objektive Vertrauensgrundlage bilde.¹⁾ Wegen der verfehlten Irrtumsregelung sei eine sachgemäße Ausgestaltung des Vertrauensschutzes nicht möglich²⁾ und müsse daher die unterschiedliche Behandlung der Außenvollmacht und der Vollmachtskundgabe in der Frage der Anfechtung trotz aller Bedenken hingenommen werden. "Theoretische Mäntelchen zur Verdeckung dieses Widerspruchs werden sich schon finden lassen".³⁾ Der Praxis empfiehlt er als einfachsten Lösungsweg, im konkreten Fall statt unter § 170 BGB unter § 171 BGB zu subsumieren.

b) Kritische Stellungnahme

Zur Beantwortung der Frage, ob die Kundgabe der Bevollmächtigung wegen eines Willensmangels anfechtbar ist, soll zunächst geklärt werden, ob die Vollmachtskundgabe als Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung⁴⁾ einzuordnen ist, da die §§ 119 ff BGB unmittelbar nur für Willenserklärungen gelten.

aa) Die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung

Bei Berücksichtigung der Wechselbeziehungen, die zwischen der Privatautonomie und der Rechtsordnung bestehen, kann man

1) Vergl.: S.93.

2) " : S.90.

3) S.94.

4) Der Begriff "Rechtshandlung" wird hier als Oberbegriff für die geschäftsähnlichen Handlungen und die Realakte verwandt, vergl. Enn.-Nipperdey, § 137 IV 2.

den Unterschied zwischen dem Rechtsgeschäft und der Rechtshandlung auf die einfache Formel bringen, daß beim Rechtsgeschäft die Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung eintreten, während bei der Rechtshandlung die Rechtsfolgen allein durch das Gesetz bestimmt werden.¹⁾ Durch das Rechtsgeschäft wird eine Regelung in Geltung gesetzt, es ist ein Instrument der Rechtsgestaltung, die Rechtshandlung dagegen wird durch das Gesetz geregelt.²⁾

Diese Unterscheidung reicht aber noch nicht aus, um die Vollmachtskundgabe in die Rubrik Rechtsgeschäft bzw. Rechtshandlung einordnen zu können. Denn auch die Rechtshandlungen - dies gilt besonders für die geschäftsähnlichen Handlungen - werden oft in der Absicht der Rechtsgestaltung vorgenommen. Durch eine solche Absicht wird aber die Rechtshandlung nicht zum Rechtsgeschäft. Entscheidend für den Rechtscharakter einer Handlung ist nicht der Wille des einzelnen, sondern allein die tatbestandsmäßige Formierung durch die Rechtsordnung.³⁾

bb) Folgerungen aus dieser Unterscheidung für die Vollmachts- kundgabe

Um zu entscheiden, ob die Kundgabe der Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft oder eine geschäftsähnliche Handlung⁴⁾ darstellt, muß daher auf die tatbestandsmäßige Ausgestaltung der §§ 171 ff BGB abgestellt werden.

1) Vergl.: Enn.-Nipperdey, § 137 IV; Flume, AcP 161, 52 ff; Thiele, S. 6 ff.

2) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 113 ff.

3) Vergl.: Planck-Flad, vor §§ 104 ff, Anm. I 2; Flume, Allg. Teil, S. 107.

4) Die Einordnung der Vollmachtskundgabe als Realakt scheidet von vornherein aus, da für sie nicht die Bewirkung eines äußeren Erfolgs, sondern die Äußerung eines geistigen Vorgangs charakteristisch ist.

In § 171 I BGB knüpft das Gesetz die Wirkung einer Außenvollmacht lediglich an die Tatsache an, daß der Geschäftsherr durch besondere Mitteilung einem Dritten kundgegeben hat, er habe einen anderen bevollmächtigt. Das Gesetz geht also in § 171 I BGB davon aus, daß der Geschäftsherr bereits eine Innenvollmacht erteilt hat. In diesem Regelfall kann aber nicht davon gesprochen werden, daß der Wille des Geschäftsherrn bei der Mitteilung der bereits intern erfolgten Bevollmächtigung final auf Rechtsgestaltung gerichtet ist. Der Vollmachtgeber will durch die Kundgabe nach § 171 BGB nicht eine rechtsgeschäftliche Regelung in Geltung setzen, sondern lediglich von einer in der Vergangenheit erfolgten Rechtsgestaltung Mitteilung machen. Die Ansicht Flumes¹⁾, die Mitteilung nach § 171 BGB sei, selbst wenn eine interne Bevollmächtigung schon vorausgegangen sei, "ein selbständiges, einseitiges Rechtsgeschäft, durch das die Vertretungsmacht nach dem Inhalt der Erklärung begründet werde", kann nicht überzeugen. Wenn die Bevollmächtigung bereits intern erteilt worden ist, kann durch die Vollmachtsmitteilung kein neuer Rechtserfolg mehr herbeigeführt, sondern nur eine bereits eingetretene Rechtsgestaltung verlautbart werden. Eine Erklärung, durch welche die Rechtslage nicht verändert wird, kann aber kein Rechtsgeschäft darstellen.²⁾

Im übrigen kommt es, worauf Larenz³⁾ mit Recht hinweist, für die Vollmachtskundgabe nicht darauf an, ob der Geschäftsherr den Willen hat, durch sie eine Vollmacht zu begründen, zu bekräftigen oder lediglich kundzutun. Nach der gesetzlichen Regelung muß der Geschäftsherr - unabhängig von seiner

1) Allg. Teil, S. 824.

2) Pawlowski, S. 264.

3) Allg. Teil, § 37 IV a.

Vorstellung und seinem Willen - den Inhalt der Mitteilung in jedem Fall gegen sich gelten lassen, weil er einen Rechts-schein hervorgerufen hat, auf den der gutgläubige Geschäfts-partner vertrauen darf. Daher handelt es sich bei der Voll-machtskundgabe nicht um eine Willenserklärung, sondern um eine geschäftsähnliche Handlung.¹⁾ Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsherr bei der Vollmachtsmitteilung im Einzelfall einen Rechtsfolgewillen hat; denn durch den Umstand, daß der Wille des Handelnden auf die Hervorrufung der gesetzlichen Rechtsfolge gerichtet ist, wird diese nicht zu einer pri-vatautonomen Rechtsfolge.²⁾

Das bezüglich § 171 BGB Ausgeführte gilt auch für § 172 BGB. In § 172 BGB wird die Rechtsfolge einer Außenvollmacht dadurch ausgelöst, daß der Geschäftsherr dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde aushändigt und dieser sie dem Dritten vorlegt. Nach Flume³⁾ soll hier die Aushändigung der Vollmachtsurkunde den rechtsgeschäftlichen Akt der Vollmachtserteilung darstellen, die externe Bevollmächtigung aber nur eintreten, wenn der Vertreter die Vollmachtsurkunde dem Dritten vorlegt. Hierbei geht Flume von der Vorstellung aus,⁴⁾ daß der Vertreter die in der Aushändigung der Vollmachtsurkunde enthaltene Bevollmächtigung durch die Vorlage der Urkunde dem Dritten übermittelt, der Vertreter also insoweit als Bote des Geschäftsherrn tätig wird. Bei Zugrundelegung dieser Konzeption ist aber nicht einzusehen, warum nur bei Vorlage der Urkunde aus der internen Bevollmächtigung eine externe werden soll. Wenn die Ansicht Flumes richtig wäre, dann müßte auch dann eine externe Bevollmächtigung entstehen, wenn der

1) h.L., vergl.: Krause, S. 141; Erman-Böhle-Stamschräder, § 171 Anm. 6; weitere Literaturhinweise auf S. 16 Anm. 4 und S. 17 Anm. 3 der Arbeit.

2) von Staudinger-Going, §§ 171, 172 Anm. 2; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV a.

3) Allg. Teil, S. 826 f.

4) Vergl.: Allg. Teil, S. 871, wo dies deutlich zum Ausdruck kommt.

Vertreter nur mündlich dem Dritten von seiner Bevollmächtigung Mitteilung macht. Eine solche mündliche Übermittlung durch den Vertreter reicht aber für § 172 BGB nicht aus. Der Geschäftspartner wird durch § 172 BGB vielmehr nur dann geschützt, wenn der Vertreter ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegt hat. Dies zeigt, daß die Vollmachtskundgabe nach § 172 BGB nicht als Rechtsgeschäft angesehen werden kann.

Bei einem rechtsgeschäftlichen Verständnis der §§ 171, 172 BGB ist es auch nicht möglich, das in § 173 BGB aufgestellte Erfordernis der Gutgläubigkeit dogmatisch befriedigend zu erklären. Es ist heute nämlich absolut h.M., daß § 173 BGB auf das Nichtentsprechen der Vertretungsmacht analog anzuwenden ist.¹⁾ Die Gegenmeinung, die § 173 BGB ausschließlich auf das Erlöschen der Vertretungsmacht für anwendbar erklärt,²⁾ verkennt, daß der zu enge Wortlaut des § 173 BGB allein auf ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers zurückzuführen ist.³⁾

Wenn es sich bei der Vollmachtskundgabe nach §§ 171, 172 BGB aber um einen selbständigen rechtsgeschäftlichen Begründungsakt der Vertretungsmacht handelt, wie kann dann

-
- 1) Vergl.: RGZ 108,127; BGH LM § 173 Nr.1; von Seeler, S.43; Jehle, S.47; Larenz, Vertrag und Unrecht, S.98; Lehmann-Hübner, § 36 V 2 b; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 b; Erman-Böhle-Stamschräder, § 173 Anm.2; von Staudinger-Coing, § 173, Anm.4; Palandt-Danckelmann, § 173, Anm.1.
 - 2) So Planck-Flad, § 173, Anm.3; von Tuhr, Bd.II, 2, S.382; Oertmann, § 173, Anm.1; H.H.Meyer, S.29; Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, S.130; RG HRR 1937, Nr.548.
 - 3) Vergl.: Protokolle, Bd.I, S.148; "Für den Fall der Kundgebung einer erteilten Vollmacht passe jedoch die Fassung des § 120 II des Entwurfs - heute §§ 171, 173 BGB - nicht, da, wenn die erteilte Vollmacht nichtig oder eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt sein sollte, nicht von einem 'Erlöschen' der fiktiven Bevollmächtigung gesprochen werden könne". Dieser Fehler wurde zwar bei der endgültigen Formulierung des § 171 BGB ausgemerzt, bei der Fassung des § 173 BGB aber übersehen.

die Vertretungsmacht entfallen, wenn der Dritte weiß oder wissen muß, daß die interne Bevollmächtigung fehlerhaft ist?¹⁾

Flume will dieses seltsame Ergebnis durch einen Hinweis auf die ähnliche Situation beim Mißbrauch der Vertretungsmacht erklären.²⁾ "Sieht man in der Selbständigkeit der Vollmacht nicht ein Dogma, sondern nur ein Gebot der Praktikabilität, damit die Vollmacht eine für den rechtsgeschäftlichen Verkehr brauchbare Legitimation ist, so wird die Selbständigkeit auch durch dieses Gebot der Praktikabilität begrenzt".³⁾ Hierbei übersieht er jedoch, daß er selbst das "Dogma" von der in der Vollmachtskundgabe enthaltenen selbständigen rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung erst aufgestellt hat und daß man das Erfordernis der Gutgläubigkeit befriedigender erklären kann, wenn man die §§ 171, 172 BGB als Fälle gesetzlicher Vertretungsmacht wertet.⁴⁾

cc) Analoge Anwendbarkeit der §§ 119 ff BGB auf die geschäftsähnlichen Handlungen der §§ 171, 172 BGB

Aus der Tatsache, daß die Rechtsfolgen der §§ 171, 172 BGB ex lege eintreten, kann aber nicht geschlossen werden, daß

-
- 1) Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 HGB, Anm. 41, die in § 171 BGB stets eine externe Bevollmächtigung sehen, ziehen daraus mit Recht die Konsequenz, daß es nicht schade, wenn der Dritte die Fehlerhaftigkeit der Innenvollmacht kenne bzw. kennen müsse.
 - 2) Allg. Teil, S. 827 f.
 - 3) Allg. Teil, S. 844.
 - 4) Wenn Macris, S. 133, demgegenüber meint, bei den §§ 171, 172 BGB handele es sich nicht um Fälle gesetzlicher Vertretungsmacht, sondern um Vollmachtswirkungen, die unmittelbar auf Gesetz beruhen, so ist diese Unterscheidung in Anbetracht der Legaldefinition der Vollmacht (§ 166 II BGB) widersinnig.

die Vollmachtskundgabe nicht anfechtbar ist.¹⁾ Denn es ist anerkannt, daß die Vorschriften über Willenserklärungen auf die geschäftsähnlichen Handlungen im Regelfall analog anwendbar sind.²⁾ Dies erklärt sich daraus, daß auch die geschäftsähnlichen Handlungen häufig mit Rechtsfolgewillen vorgenommen werden und daher den Willenserklärungen sehr nahe stehen.³⁾ Wenn auch die analoge Anwendung der §§ 119 ff BGB auf die geschäftsähnlichen Handlungen die Regel ist, so muß aber doch untersucht werden, ob die durch die Anfechtung eintretende rückwirkende Beseitigung der Vertretungsmacht nicht dem Schutzzweck der §§ 171 ff BGB widerspricht.

Wie aus § 173 BGB zu entnehmen ist, handelt es sich bei den §§ 171, 172 BGB um Gutglaubensvorschriften. Durch die besondere Mitteilung, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, bzw. durch die Aushändigung der Vollmachtsurkunde hat der Geschäftsherr zurechenbar einen Vertrauenstatbestand veranlaßt. Um den gutgläubigen Dritten, der sich auf diesen Vertrauensstatbestand verläßt, zu schützen, ordnet das Gesetz an, daß der Vollmachtskundgabe die Wirkung einer selbständigen Bevollmächtigung zukommt. Auf diese Weise soll verhindert werden, daß der Geschäftsherr dem Dritten Mängel der internen Bevollmächtigung entgegenhalten kann.

Diese Schutzfunktion der §§ 171 ff BGB wird deutlich bei einem Blick in ihre Entstehungsgeschichte. Bezüglich der

1) So aber Düringer-Hachenburg, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 48.

2) Vergl.: von Tuhr, Bd. II, 1, S. 360 ff; Enn.-Nipperdey, § 134 IV 2a und § 207 II; Lehmann-Hübner, § 38 II; Flume, Allg. Teil, S. 107; Lange, § 37, 3; Erman-Westermann: Einl. §§ 104 ff, Anm. 1.

3) Vergl.: Westermann, AcP 154, 558.

Vollmachtsmitteilung wird nämlich in den Motiven¹⁾ ausgeführt: "Die Rechtsfolge dieser Erklärung darf, soll dem praktischen Bedürfnis Genüge geschehen, nicht darauf sich beschränken, daß, wenn nachträglich die Ungültigkeit der Vollmachtserteilung wegen Willensmängel usw. sich herausstellt, der Vollmachtgeber dem Dritten obligatorisch verpflichtet wird, sich so behandeln zu lassen, als habe der Vertreter Vollmacht gehabt. Der Verkehr erfordert vielmehr, daß diejenige Rechtslage schlechthin eintritt, welche sich ergeben würde, wenn der Kundgebung die Bedeutung einer für sich bestehenden Vollmachtserteilung innewohnte".

Das Gesetz will also den Dritten bei der Vollmachtskundgabe so stellen, als wenn ihm gegenüber eine Bevollmächtigung stattgefunden habe. Aus dieser ratio legis ergibt sich aber auch die Schutzgrenze der §§ 171fBGB. Nur Mängel der den Kundgebungsakten vorausgegangenen internen Bevollmächtigung sind dem gutgläubigen Dritten gegenüber irrelevant, nicht aber Mängel, die der Vollmachtskundgabe unmittelbar anhaften. Es besteht keine gesetzgeberische Wertung dahin, daß der Dritte bei der Vollmachtskundgabe einen größeren Schutz genießen soll als bei der Außenvollmacht des § 170 BGB. Da die Außenvollmacht aber nach den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff BGB anfechtbar ist,²⁾ muß bei der Vollmachtskundgabe ebenfalls die Anfechtung zulässig sein, wenn sie unmittelbar von einem Willensmangel betroffen ist.

In den Motiven³⁾ und in den Protokollen⁴⁾ wird die Anfechtbarkeit der Vollmachtskundgabe daher als Selbstverständ-

1) Vergl.: Bd. I, S. 237.

2) Absolut h. L., vergl.: Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 608; Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, S. 129; a. A. Müller-Erzbach, IherJb 83, 353, auf dessen Argumentation an späterer Stelle dieser Arbeit noch eingegangen wird.

3) Bd. I, S. 238; "Leiden beide Akte, jeder für sich betrachtet, an gleichen, die Ungültigkeit nach sich ziehenden Mängeln, so sind selbstredend auch beide hinfällig".

4) Bd. I, S. 146.

lichkeit angesehen. Auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ ist die begrenzte Schutzfunktion der §§ 171 ff BGB stets berücksichtigt worden. Dies kommt in dem Satz zum Ausdruck, daß formelle und materielle Mängel, die der Kundgabe der Bevollmächtigung unmittelbar anhaften, auch dem gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden können.²⁾

Eine dogmatische Untersuchung der §§ 171 ff BGB ergibt also, daß die Kundgabe der Bevollmächtigung und die Außenvollmacht in der Frage der Anfechtbarkeit gleichbehandelt werden müssen. Dies wird von der h.M. nicht beachtet, die bei der Vollmachtskundgabe die Anfechtung ausschließt, die Außenvollmacht dagegen für anfechtbar hält.³⁾ Ihre Begründung, die Anfechtbarkeit der Vollmachtskundgabe widerspräche dem Schutzzweck der §§ 171 ff BGB,⁴⁾ ist verfehlt, weil den §§ 171, 172 BGB nur die oben aufgezeigte begrenzte Schutzfunktion zukommt. Auch ihr weiteres Argument, die Rechtsfolgen der §§ 171 ff BGB könnten deshalb nicht durch Anfechtung rückwirkend beseitigt werden, weil durch die Vollmachtskundgabe "ein Rechtsschein begründet, eine Vertrauenssituation geschaffen"⁵⁾ worden sei, kann nicht überzeugen. Jede Willenserklärung, auch die Außenvollmacht, begründet nämlich einen Vertrauenstatbestand.⁶⁾ Der Vertrauenstatbestand ist

1) Vergl.: RGZ 108, 125 ff = Seuffa 78, 273 ff; RG Gruchot 68, 538 ff.

2) So RGZ 108, 128; RG Gruchot 68, 544; RG JW 1931, 522.

3) Dieser Widerspruch wird von von Staudinger-Going, § 170 Anm. 2, vermieden, der, um dem Erfordernis der Gleichbehandlung gerecht zu werden, aus der Unanfechtbarkeit der Vollmachtskundgabe die Unanfechtbarkeit der Außenvollmacht folgert. Bei dieser Schlußfolgerung geht er aber von der unzutreffenden Voraussetzung aus, daß die Kundgebungsakte der §§ 171, 172 BGB nicht anfechtbar seien.

4) Vergl. Anm. 3, S. 17 d. Arb.

5) So von Staudinger-Going, §§ 171, 172 Anm. 3; ähnlich auch Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 171 Anm. 3; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 b.

6) Vergl.: Eichler, S. 103; Soergel-Hefermehl, vor §§ 116 ff Anm. 8; Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 376.

bei der Vollmachtsgabe nicht massiver als bei der Außenvollmacht. Die Rechtsfolgen dieses Vertrauenstatbestandes aber sind für Willenserklärungen in § 122 BGB abschließend normiert. Warum § 122 BGB bei der Vollmachtsgabe nicht gelten, vielmehr die Anfechtung ganz ausgeschlossen sein soll, ist nicht einzusehen.

4.

Die einzelnen Anfechtungsgründe

Nachdem festgestellt worden ist, daß nicht nur die Bevollmächtigung, sondern auch die Vollmachtsgabe anfechtbar ist, sollen ihre Anfechtungsvoraussetzungen kurz erörtert werden.

a) Irrtum

Bei der Anfechtung der Bevollmächtigung nach §§ 119, 120 BGB ergeben sich keine Besonderheiten. Irrtum oder unrichtige Übermittlung berechtigen sowohl zur Anfechtung der internen als auch der externen Bevollmächtigung. Es ist aber stets zu beachten, daß die Bevollmächtigung nur insoweit anfechtbar ist, wie der Irrtum für das Vertretergeschäft relevant geworden ist.¹⁾

Bei Berücksichtigung dieser Einschränkung werden die Bedenken gegenstandslos, die Schloßmann²⁾ und Rosenberg³⁾ gegen die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung wegen eines Irrtums über persönliche Eigenschaften des Vertreters geäußert haben. Da der Vertreter durch die Vollmacht in die Lage versetzt wird, den Geschäftsherrn unmittelbar zu verpflichten, ist die Vertrauenswürdigkeit des Vertreters für die Bevollmächtigung von erheblicher Bedeutung. Wegen dieses

1) Vgl. oben S. 11 ff. d. Arb.

2) S. 487.

3) S. 716.

der Bevollmächtigung immanenten Vertrauensmoments kann ein Irrtum über persönliche Eigenschaften des Vertreters den Geschäftsherrn zur Anfechtung berechtigen.¹⁾ Dies gilt nicht nur für die Innen-, sondern auch für die Außenvollmacht, da "Person" im Sinne von § 119 II BGB jeder ist, auf den sich das Rechtsgeschäft bezieht.²⁾ Ein nach § 119 II BGB beachtlicher Irrtum liegt z.B. vor, wenn ein Kaufmann bei der Erteilung einer Handlungsvollmacht nicht weiß, daß sein Angestellter mehrfach wegen Betrugs und Untreue vorbestraft ist. Durch die Anfechtung der Handlungsvollmacht werden aber nur die Vertretergeschäfte hinfällig, die vom Irrtum des Geschäftsherrn beeinflußt worden sind.

b) Arglistige Täuschung

Während die Anfechtbarkeit der durch Drohung herbeigeführten Bevollmächtigung nach allgemeiner Ansicht³⁾ unbeschränkt zulässig ist, bestehen über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Bevollmächtigung wegen arglistiger Täuschung anfechtbar ist, erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Im Hinblick auf § 123 II BGB muß bei der arglistigen Täuschung zwischen Innen- und Außenvollmacht und der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung unterschieden werden.

-
- 1) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S.136 f; Jehle, S.96 ff; Planck-Flad, § 167, Anm.4a; von Staudinger-Coing, § 165, Anm.2; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Anm.2.
 - 2) Vergl.: Erman-Westermann, § 119, Anm.9; Flume, Allg. Teil, S.490, Anm.5: a.A. von Staudinger-Coing, § 119, Anm.25; Enn.-Nipperdey, § 168, Anm.22, die § 119 II auf andere Personen als den Erklärungsempfänger nur analog anwenden wollen.
 - 3) Vergl. statt aller: von Tuhr, Bd. II, 2, S.389; Flume, Allg. Teil, S.872.

aa) Externe Bevollmächtigung

Hat der Vertreter¹⁾ oder eine am Vertretungsverhältnis nicht beteiligte Person die arglistige Täuschung des Geschäftsherrn verübt, so ist nach § 123 II 1 BGB die externe Bevollmächtigung nur anfechtbar, wenn der Geschäftspartner die Täuschung kannte oder kennen mußte.²⁾

Diesen Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners hält Hupka für "bedenklich".³⁾ Er geht davon aus, daß § 123 II BGB auf die Bevollmächtigung nicht ohne weiteres anwendbar sei, da hier zwei mögliche Erklärungsempfänger vorhanden seien. Aus diesem Grunde hält er eine Modifizierung des § 123 II BGB für zulässig und kommt unter Heranziehung von "Rechtsgefühl und Natur der Sache"⁴⁾ zu dem Ergebnis, daß die Bevollmächtigung bereits dann anfechtbar sei, wenn auch nur einer der möglichen Erklärungsempfänger die Täuschung verübt hat bzw.

1) Nach allgemeiner Ansicht (RGZ 76,107 f; 101,97 f; BGH NJW 1962,2195; von Staudinger-Going, § 123 Anm.37; Enn.-Nipperdey, § 174 Anm.18) ist der Vertreter grundsätzlich nicht "Dritter" i.S. des § 123 II 1 BGB. Hierbei wird aber stillschweigend vorausgesetzt, daß der Vertreter des Erklärungsempfängers den Erklärenden täuscht. In diesem Fall muß sich der Erklärungsempfänger die Täuschung seines Vertreters wie eine eigene zurechnen lassen. Wenn aber der Vertreter den Geschäftsherrn bei der Erteilung der externen Bevollmächtigung täuscht, so ist der Vertreter im Verhältnis zum Geschäftspartner als "Dritter" anzusehen. Die Täuschung des Geschäftsherrn durch den Vertreter ist nämlich dem Geschäftspartner nicht zurechenbar.

2) Vergl.: Jehle, S.108 f; von Tuhr, Bd.II, 2, S.390; Jacobi, KrVJSchr 49,107; Flume, Allg.Teil, S.872; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm.32.

3) Die Vollmacht, S.150.

4) a.a.O., S.152.

die Täuschung eines Dritten kannte oder kennen mußte. Auf die Außenvollmacht angewandt bedeutet dies, daß sie trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners dann anfechtbar ist, wenn der Vertreter die arglistige Täuschung verübt hat bzw. die Täuschung eines Dritten kannte oder kennen mußte. Als Begründung führt Wupka an, daß der hintergangene Geschäftsherr einen größeren Schutz verdiene als der vertrauende Dritte.¹⁾ Wenn der Prinzipal schon beim Irrtum nach § 119 BGB die externe Bevollmächtigung trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners anfechten könne, dann müsse eine Anfechtung erst recht bei der arglistigen Täuschung zulässig sein.

Es ist zwar Wupka zuzugeben, daß § 123 II BGB nicht auf die Bevollmächtigung "zugeschnitten" ist, doch verkennt er, daß Rechtsgesühl und die nebulöse Natur der Sache, die vielfach nur dazu dient, subjektive Metanormen zu tarnen,²⁾ allenfalls dann Bedeutung gewinnen können, wenn es an einer gesetzlichen Bewertung fehlt. Bei der Schaffung des § 123 II 1 BGB ist der Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen, daß im Regelfall der gutgläubige Erklärungsempfänger schutzwürdiger ist als der Erklärende. Von dieser generellen Bewertung darf nur abgewichen werden, wenn nachgewiesen wird, daß im Einzelfall eine besondere Interessenkonstellation vorliegt, d.h. zusätzliche Interessen im Spiel sind, die das Gesetz als Bewertungsfaktoren anerkennt.³⁾ In dem Fall, daß der Geschäftsherr durch arglistige Täuschung eines Dritten zur Erteilung einer Außenvollmacht bestimmt worden ist, sind aber keine besonderen Gesichtspunkte ersichtlich, die es rechtfertigen würden, die generelle Wertung des § 123 II 1 BGB zugunsten des Geschäftsherrn zu verschieben. Vielmehr

1) a.a.O., S. 150.

2) Vergl. den Diskussionsbeitrag von Engisch auf einer Tagung der Katholischen Akademie München über das Thema: "Was ist Naturrecht?" (Bericht der Süddeutschen Zeitung v. 14. 7. 1966).

3) Vergl. Westeymann, Die Änderung des Nachbarrechts, S. 667 ff; Einheit und Vielfalt der Wertungen in der Irrtumslehre, JuS 1964, 172.

besteht zwischen dem für § 123 II 1 BGB typischen Fall, daß der Geschäftsherr den Vertrag selbst abschließt und hierbei von einem Dritten getäuscht wird, und dem vorliegenden Fall kein Unterschied in der Interessenlage. Auch kann aus der Tatsache, daß die externe Bevollmächtigung trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners nach § 119 BGB anfechtbar ist, nicht per argumentum a fortiori abgeleitet werden, dann müsse erst recht die arglistige Täuschung zur Anfechtung berechtigen. Denn der Gesetzgeber hat in § 123 II BGB dem gutgläubigen Erklärungsempfänger bei der arglistigen Täuschung bewußt einen größeren Schutz gewährt als beim Irrtum nach § 119 BGB. Diese gesetzliche Wertentscheidung ist auch für die externe Bevollmächtigung verbindlich. Entgegen Hupka ist daher daran festzuhalten, daß die Anfechtung der Außenvollmacht wegen arglistiger Täuschung bei Gutgläubigkeit des Geschäftspartners stets ausgeschlossen ist.

bb) Interne Bevollmächtigung

Die bei der Anfechtung der internen Bevollmächtigung auftauchende Problematik kann nur sachgerecht gelöst werden, wenn zwischen den beiden folgenden Fallgestaltungen unterschieden wird: (1) Der Vertreter hat den Geschäftsherrn arglistig getäuscht, bzw. er hat die arglistige Täuschung durch einen Vierten gekannt oder kennen müssen, der Geschäftspartner aber ist gutgläubig. (2) Die arglistige Täuschung ist durch den Geschäftspartner erfolgt, bzw. der Geschäftspartner, nicht aber der Vertreter, hat von der Täuschung durch einen Vierten gewußt oder wissen müssen.¹⁾

1) Eine weitere Untergliederung erübrigt sich, da das Gesetz es als gleichwertig ansieht, ob der Erklärungsempfänger die Täuschung selbst vorgenommen hat oder von der Täuschung durch einen "Dritten" wußte bzw. wissen mußte.

(1) Dieser Fall und der oben unter aa) erörterte differieren lediglich in der Person des Erklärungsempfängers, während die subjektiven Voraussetzungen gleich sind. In beiden Fällen ist der Vertreter bösgläubig, der Geschäftspartner aber gutgläubig. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Bevollmächtigung hier nicht gegenüber dem Geschäftspartner, sondern gegenüber dem Vertreter erklärt wurde. Aus dieser partiellen Strukturgleichheit der beiden Fälle folgern Rosenberg¹⁾ und Flume,²⁾ daß auch bei der internen Bevollmächtigung die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stets ausgeschlossen sein müsse, wenn der Geschäftspartner die Täuschung des Geschäftsherrn weder kannte noch kennen mußte. Als Begründung verweist Flume³⁾ auf § 123 II 2 BGB. Der Geschäftspartner erwerbe das "Recht" zwar erst durch Hinzutritt des Vertretergeschäftes, aber das Vertretergeschäft habe diese Wirkung nur kraft der Bevollmächtigung, so daß § 123 II 2 BGB auf die Anfechtung der Bevollmächtigung sinngemäß anwendbar sei. Die Anfechtung der Vollmacht - so argumentiert Flume⁴⁾ - habe den Sinn, das Vertretergeschäft zu vernichten, deshalb dürfe auch die interne Bevollmächtigung gegenüber dem Geschäftspartner nur dann anfechtbar sein, wenn dieser die arglistige Täuschung kannte oder kennen mußte.

Hupka⁵⁾, Jehle⁶⁾ und von Tuhr⁷⁾ dagegen sehen es als selbstverständlich an, daß der Geschäftsherr die interne Bevollmächtigung trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners

1) Vergl.: S.731.

2) Allg.Teil,S.546,872.

3) Allg.Teil,S.872.

4) Allg.Teil,S.546.

5) Die Vollmacht,S.152.

6) Vergl.:S.107.

7) Bd.II,2,S.390.

dann anfechten kann, wenn er von seinem Vertreter arglistig getäuscht worden ist bzw. der Vertreter die arglistige Täuschung durch einen Vierten kannte oder kennen mußte.

Zur Entscheidung der vorliegenden Streitfrage ist es erforderlich, die Tragweite und Schutzfunktion des § 123 II 2 BGB zu klären. Das richtige Verständnis dieser Vorschrift ist - wie sich später noch zeigen wird - von grundlegender Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob sich aus einer anfechtbaren oder nichtigen Vollmacht eine Anscheinsvollmacht ergeben kann.

Der Normzweck des § 123 II 2 BGB ist sehr umstritten. Nach der früher h.M.¹⁾ soll das Gesetz mit § 123 II 2 BGB den alleinigen Zweck verfolgen, dem arglistig getäuschten Erklärenden ein gegenüber § 123 II 1 BGB erweitertes Anfechtungsrecht zu gewähren. Durch § 123 II 2 BGB solle verhindert werden, daß die Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers dem begünstigten Dritten zugute komme, wenn dieser die arglistige Täuschung des Erklärenden kannte oder kennen mußte; nicht aber sei es ratio legis des § 123 II 2 BGB, den gutgläubigen Dritten vor der Einwirkung der gegenüber dem Erklärungsempfänger begründeten Anfechtung zu schützen. Nach dieser Ansicht gewinnt § 123 II 2 BGB nur Bedeutung bei Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers, da die nach § 123 II 1 BGB begründete Anfechtung gegenüber dem Erklärungsempfänger auch die Rechtsposition des gutgläubigen Dritten zerstört.

1) Vergl.: Mitteis, LZ 1909, Sp. 640; Planck-Flad, § 123, Anm. IV; von Tuhr, Bd. II, 1, § 68 IV 1; Oertmann, § 123, Anm. 3 b; von Staudinger-Coing, § 123, Anm. 40; Soergel-Hefermehl, § 123 Anm. 33; Erman-Westermann, § 123, Anm. 6; § 334, Anm. 2; Palandt-Danckelmann, § 123, Anm. 1 d.

Im Gegensatz dazu geht die heute h.M.¹⁾ davon aus, daß durch § 123 II 2 BGB auch der gutgläubige Dritte, der aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, geschützt werde. Die durch eine Anfechtung gegenüber dem Erklärungsempfänger (§ 123 II 1 BGB) herbeigeführte Nichtigkeit der Erklärung soll keine Auswirkung auf die Rechtsposition des Dritten haben, wenn dieser die arglistige Täuschung des Erklärenden weder kannte noch kennen mußte. Die h.M. entnimmt also dem § 123 II 2 BGB die gesetzliche Wertung, daß schutzwürdige Drittinteressen Einfluß auf den Bestand der Willenserklärung haben. Aus dem Ausnahmecharakter des § 123 II 2 BGB folgert die h.M. aber, daß der gutgläubige Dritte nur dann geschützt werde, wenn die arglistige Täuschung von einem unbeteiligten Vierten verübt wurde. "Damit, daß die Täuschung durch einen Dritten zu einem Sonderfall gestaltet ist, wird gleichzeitig ausgesprochen, daß derjenige, der durch den Erklärungsgegner selbst getäuscht worden ist, größeren Schutz genießen soll als der gutgläubige Begünstigte".²⁾

Um den Normzweck des § 123 II 2 BGB zu erhellen, soll im folgenden die historisch-genetische, die grammatische und die systematische Auslegungsmethode herangezogen werden:

Im 1. Entwurf fehlte eine dem § 123 II 2 BGB entsprechende Vorschrift. In den Motiven³⁾ wird dies wie folgt begründet: "Unerheblich ist, ob die empfangsbedürftige Willenserklärung zugunsten des Dritten, der den Betrug verübt hat,

1) Vergl.: BGHZ 31, 321 ff; Anfechtbarkeit einer Schuldübernahme nach § 415 BGB; Hirsch, JR 1960, 291 ff; Mezger in LM, § 415 BGB Nr. 2; Heckelmann, S. 101 ff; Lehmann-Hübner, § 34 IV 3a; RGRK (Wilde), § 334, Anm. 2; Flume, Allg. Teil, S. 546; Soergel-Hefermehl, § 123, Anm. 32, anders aber in § 123, Anm. 33; Endemann, § 73 I 2a, Anm. 3.

2) So BGHZ 31, 328; vergl. auch: Mezger in LM § 415 BGB Nr. 2; Hirsch, JR 1960, 295.

3) Bd. I, S. 207.

abgegeben worden ist; ebenso ob ein Dritter, zu dessen Gunsten die Erklärung wirkt, den Betrug kannte oder kennen mußte. Die Anfechtung in diesen Fällen zu gestatten, erscheint bedenklich, weil nicht ausgeschlossen ist, daß der Erklärungsempfänger ein Interesse daran hat, daß die von dem Betrogenen ihm gegenüber übernommene Verbindlichkeit bestehen bleibt." Diese Ausführungen der Motive sind von Strohal in seinen "Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs"¹⁾ als verfehlt zurückgewiesen worden. Strohal hält es für unerträglich, daß beim Vertrag zugunsten Dritter der bösgläubige Dritte von der Gutgläubigkeit des Versprechensempfängers profitiere. Dem Interesse des gutgläubigen Versprechensempfängers am Bestand der Verbindlichkeit könne bereits dadurch Rechnung getragen werden, daß die Wirkung der Anfechtung auf den Rechts-erwerb des Dritten beschränkt werde. Auf diese Kritik Strohal's hin wurde erst nachträglich § 123 II 2 ins BGB aufgenommen.²⁾ Durch das Wort "soweit" sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die Anfechtung gegenüber dem bösgläubigen Dritten keinen Einfluß auf die Rechtsstellung des Erklärungsempfängers hat. Die historisch-genetische Gesetzesinterpretation spricht also eindeutig dafür, daß durch § 123 II 2 BGB die Anfechtungsmöglichkeit ausschließlich erweitert, nicht aber auch zum Schutz des gutgläubigen Dritten beschränkt werden sollte.

Dieses Verständnis des § 123 II 2 BGB wird durch die grammatische Auslegung gestützt. Wenn nämlich der Gesetzgeber mit § 123 II 2 BGB den Zweck verfolgt hätte, den gutgläubigen Dritten vor der Einwirkung der gegenüber dem Erklärungsempfänger begründeten Anfechtung zu schützen, so

1) IherJb 34, 347, 375 f.

2) Vergl.: Protokolle, Bd. VI, S. 129.

hätte er vor dem Wort "anfechtbar" ein "nur" einfügen müssen.

Die systematische Gesetzesauslegung beweist ebenfalls, daß durch § 123 II 2 BGB ausschließlich das Anfechtungsrecht des arglistig Getäuschten erweitert werden sollte. Die h.M., die in § 123 II 2 BGB eine Gutglaubensvorschrift sieht, kommt nämlich zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß die *leges speciales* der §§ 334, 417 II BGB durch die *lex generalis* des § 123 II 2 BGB abgeändert werden. Aus den §§ 334, 417 II BGB geht aber klar hervor, daß die Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses bzw. Übernahmevertrags dem begünstigten Dritten bzw. dem Gläubiger *s t e t s* entgegengehalten werden kann. Diese gesetzliche Wertentscheidung sollte durch § 123 II 2 BGB nicht durchbrochen werden.¹⁾ Im übrigen kann die h.M. nicht erklären, warum es hinsichtlich des Interessenschutzes Dritter einen Unterschied machen soll, ob der Erklärungsempfänger selbst täuscht oder die Täuschung eines Vierten kennt. In § 123 I BGB und § 123 II 1 BGB sieht das Gesetz beide Fälle als gleichwertig an.

Die historisch-genetische, die grammatische und die systematische Auslegungsmethode kommen also übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß der Normzweck des § 123 II 2 BGB darin besteht, das Anfechtungsrecht des arglistig Getäuschten gegenüber dem bösgläubigen Dritten zu erweitern, nicht aber gegenüber dem gutgläubigen Dritten einzuschränken. Dies verkennt Flume²⁾, wenn er aus § 123 II 2 BGB herleiten will, daß die Anfechtung der internen Bevollmächtigung wegen arglistiger Täuschung bei Gutgläubigkeit des Geschäftspartners stets ausgeschlossen sei. Vielmehr ist die interne Bevollmächtigung trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners dann

1) Anderer Ansicht: Wilde im RGRK, § 334, Anm. 2.

2) Allg. Teil, S. 872.

anfechtbar, wenn der Vertreter die arglistige Täuschung verübt hat bzw. von der arglistigen Täuschung durch einen Vierten wußte oder wissen mußte. Wenn Rosenberg¹⁾ demgegenüber meint, keine rechtspolitische Erwägung könne die unterschiedliche Behandlung von Innen- und Außenvollmacht bei der Anfechtung nach § 123 BGB rechtfertigen, so berücksichtigt er nicht, daß nur durch die externe, nicht aber durch die interne Bevollmächtigung für den Geschäftspartner eine Vertrauensbasis geschaffen wird. Der durch die Willenserklärung hervorgerufene Vertrauenstatbestand aber ist der Grund für die Einschränkung der Anfechtung in § 123 II 1 BGB.

(2) Anders liegt die Problematik, wenn der Geschäftspartner durch arglistige Täuschung den Geschäftsherrn zur Erteilung einer Innenvollmacht bestimmt hat bzw. der Geschäftspartner, nicht aber der Vertreter, die Täuschung durch einen Vierten kannte oder kennen mußte. Dieser Fall hat in der Vergangenheit viel Kopfzerbrechen bereitet, weil man ihn von einem verfehlten methodischen Ansatzpunkt zu lösen versuchte.

Da nach dem Wortlaut des § 123 II 1 BGB der Geschäftspartner bei der internen Bevollmächtigung als Dritter anzusehen ist, hielten die Verfasser des BGB die Anfechtbarkeit für ausgeschlossen, wenn der Vertreter die arglistige Täuschung weder kannte noch kennen mußte.²⁾ Der Vollmachtgeber werde durch die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen - §§ 823 II BGB i.V.m. 263 StGB; 826 BGB - hinreichend geschützt.

Nach einer in der Literatur³⁾ vertretenen Ansicht ist der Geschäftspartner bei der internen Bevollmächtigung nicht

1) Vergl.: S. 731.

2) Vergl.: Protokolle, Bd. I, S. 142; ebenso Jehle, S. 107 f.

3) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 148 ff; Lehmann-Hübner, § 36 V 2 a.

als "Dritter" anzusehen. Für die Bestimmung des "Dritten" in § 123 II 1 BGB sei nicht die Teilnahme an der Geschäftshandlung - das ist hier die Bevollmächtigung -, sondern allein die Teilnahme an der Geschäftswirkung entscheidend. Der Geschäftspartner nehme aber an der Geschäftswirkung der Bevollmächtigung unmittelbar Anteil, da sein Rechtserwerb aus dem Vertretergeschäft nur kraft der Bevollmächtigung eintrete.¹⁾ Daher könne der Geschäftsherr die interne Bevollmächtigung trotz Gutgläubigkeit des Vertreters anfechten, wenn die arglistige Täuschung vom Geschäftspartner verübt worden sei.

Geht man von der Erkenntnis aus, daß Bindung an das Gesetz lediglich Bindung an die gesetzliche Wertentscheidung bedeutet,²⁾ so bereitet die Lösung des vorliegenden Falles keine Schwierigkeiten. In § 123 II 1 BGB ist die gesetzliche Wertung enthalten, daß bei arglistiger Täuschung durch einen Dritten der gutgläubige Erklärungsempfänger schutzwürdiger ist als der Erklärende. Bei dieser Wertentscheidung wird vom Gesetzgeber stillschweigend vorausgesetzt, daß der Erklärungsempfänger ein Interesse am Bestand der Willenserklärung hat. Bei dem Rechtsinstitut der Stellvertretung liegt aber eine andere Interessenkonstellation vor. Der Vertreter hat im Regelfall nur insoweit ein Interesse am Bestand der Vollmacht, wie seine Haftung aus § 179 BGB in Frage steht. Da aber vorliegend seine Inanspruchnahme als Vertreter ohne Vertretungsmacht wegen der Bösgläubigkeit des Geschäftspartners durch §§ 179 III, 1, 142 II BGB ausgeschlossen ist, "verschiebt sich das Parallelogramm der Kräfte"³⁾ zugunsten des arglistig getäuschten Geschäftsherrn. Dieser kann daher die interne Bevollmächtigung trotz der Gutgläubigkeit des Vertreters anfechten. Eine Anfechtung aber ist ausgeschlossen, wenn die

1) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 152.

2) Vergl.: Westermann, Wesen und Grenzen, S. 21; Die Änderung des Nachbarrechts, S. 667 f.

3) So Westermann, JuS 1964, 172.

Bevollmächtigung ausnahmsweise zur Verwirklichung von Interessen des Vertreters erteilt worden ist (z.B. eine unwiderrufliche Inkassovollmacht), da dann der in § 123 II 1 BGB enthaltene Bewertungsfaktor Bedeutung gewinnt.¹⁾

cc) Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung

Obwohl dies in § 167 BGB nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist es anerkannt, daß die Bevollmächtigung auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen kann.²⁾ Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus § 171 BGB, wo die Kundgabe der erfolgten Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung vorgesehen ist. Bei ihr handelt es sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Hieraus folgert von Tuhr,³⁾ daß sie ohne Rücksicht auf die Person des Täuschenden angefochten werden können, da § 123 II 1 BGB nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen die Anfechtungsmöglichkeit einschränke. Der Geschäftspartner soll also nach von Tuhr bei der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung weniger geschützt sein als bei der externen Bevollmächtigung.

Diese Argumentation von Tuhrs ist ein besonders prägnantes Beispiel doktrinäer Jurisprudenz. § 123 II 1 BGB beruht auf der im durchschnittstypischen Regelfall auch tatsächlich zutreffenden legislativen Ratio, daß bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein besonderer Vertrauensschutz nicht erforderlich ist.⁴⁾ Diese Erwägung trifft aber, wie der Gesetzgeber für die Vollmachtscundgabe durch öffentliche Bekanntmachung in § 171 BGB richtig gesehen hat, bei der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung nicht zu.

-
- 1) Vergl.: Müller-Freienfels, S.407; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.27; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm.32; Flume, Allg. Teil, S.872.
 - 2) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S.108; Planck-Flad, § 167, Anm. 2c; von Tuhr, Bd. II, 2, S.381; Oertmann, § 167, Anm. 1a; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.6; Ennecc.-Nipperdey, § 184 II 2.
 - 3) Bd. II, 2, S.390.
 - 4) Vergl.: Erman-Westermann, § 123, Anm.6.

Durch sie wird eine Vielzahl von Personen veranlaßt, mit dem Vertreter Rechtsgeschäfte abzuschließen. So wird die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung - und hierin unterscheidet sie sich von der ebenfalls nicht empfangsbedürftigen Auslobung - zur Grundlage vieler Rechtsgeschäfte. Ihre unbeschränkte Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung würde daher die Verkehrssicherheit erheblich gefährden. Es ist aber nicht erforderlich, die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung den sogenannten Erklärungen an die Öffentlichkeit¹⁾ gleichzustellen und ihre Anfechtung völlig auszuschließen. Im Gegensatz zu den Erklärungen an die Öffentlichkeit ist es nämlich bei der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung möglich, ihre Anfechtbarkeit gegenüber verschiedenen Personen verschieden zu beurteilen.²⁾ Daraus folgt, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nur gegenüber dem gutgläubigen, nicht aber gegenüber dem bösgläubigen Geschäftspartner ausgeschlossen ist. Bösgläubig ist der Geschäftspartner, wenn er die arglistige Täuschung selbst verübt hat bzw. die arglistige Täuschung eines Dritten kannte oder kennen mußte, § 123 II 1 BGB. Entgegen von Tuhr ist daher § 123 II 1 BGB auf die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung anwendbar. Dies widerspricht zwar dem Wortlaut des § 123 II 1 BGB, nicht aber dem in § 123 II 1 BGB enthaltenen Bewertungsfaktor.

5.

Anfechtungsgegner

Die Frage, wem gegenüber die Anfechtung der Bevollmächtigung erklärt werden muß, ist schon viel erörtert worden, ohne daß

1) Zu den sogenannten Erklärungen an die Öffentlichkeit vergl.: Erman-Westermann, vor § 116, Anm. 4; Westermann, JuS 1964, 176 f; Enn.-Nipperdey, § 169 III 1; Flume, Allg. Teil, S. 426 ff; von Staudinger-Coing, vor § 116, Anm. 23a ff; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 218 ff.

2) Vergl.: oben S. 11 ff.

bisher auch nur annähernd Übereinstimmung erzielt werden konnte. Es werden im wesentlichen drei verschiedene Meinungen vertreten:

Nach der wohl h.M.¹⁾ kann die Anfechtungserklärung dem Vertreter oder dem Geschäftspartner gegenüber abgegeben werden, unabhängig davon, wem gegenüber die Bevollmächtigung tatsächlich erfolgte. Sie stützt sich hierbei auf den Wortlaut des § 143 III 1 BGB, wo es heißt "vorzunehmen war", nicht "vorgenommen ist". Nach § 167 I BGB könne aber die Bevollmächtigung sowohl dem Vertreter als auch dem Geschäftspartner gegenüber erklärt werden, daher kämen auch beide als Anfechtungsgegner in Betracht. Im übrigen spreche hierfür auch die Widerrufsregelung in §§ 168,3,167 I BGB.²⁾

Nach anderer Ansicht³⁾ muß die Anfechtung der Bevollmächtigung stets gegenüber dem konkreten Erklärungsempfänger erfolgen. Bei der Innenvollmacht ist danach Anfechtungsgegner der Vertreter, bei der Außenvollmacht der Geschäftspartner. Aus dem Relativsatz "das einem anderen gegenüber vorzunehmen war" in § 143 III 1 BGB könne keine gegenteilige Schlußfolgerung gezogen werden, da durch ihn lediglich die empfangsbedürftige Willenserklärung umschrieben werden sollte.⁴⁾

Nach Hellwig⁵⁾, Müller-Freienfels⁶⁾ und Flume⁷⁾ kann die Bevollmächtigung nach Abschluß des Vertretergeschäfts nur noch dem Geschäftspartner gegenüber angefochten werden. Durch die

1) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 143; Planck-Flad, § 167, Anm. 4 b; Enn.-Nipperdey, § 203 III 8; Siebert-Hefermehl, § 143, Anm. 8; Erman-Westermann, § 143, Anm. 3; von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 26; in Anm. 10 zu § 143 vertritt Coing allerdings die Ansicht, daß Anfechtungsgegner der Bevollmächtigung der konkrete Erklärungsempfänger sei.

2) So Planck-Flad, § 167 Anm. 4 b.

3) Vergl.: Jehle, S. 97; von Tuhr, Bd. II, 1, S. 308; Oertmann, § 167, Anm. 5a; von Staudinger-Coing, § 143, Anm. 10; RGRK (Kuhn), § 166, Anm. 25.

4) Vergl.: Jehle, S. 69 ff, 97.

5) ZZP 29, 528.

6) S. 404, Anm. 30.

7) Allg. Teil, S. 562 f, 870.

Anfechtung der Bevollmächtigung bezwecke der Geschäftsherr, die Rechtsfolgen des Vertretergeschäfts von sich abzuwenden, daher müsse er auch die Anfechtung dem Geschäftspartner gegenüber erklären.¹⁾

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, das aus dem Wortlaut "vorzunehmen war" in § 143 III 1 BGB nicht hergeleitet werden kann, daß die Bevollmächtigung dem Vertreter oder dem Geschäftspartner gegenüber angefochten werden kann, unabhängig davon, wem sie im konkreten Fall erklärt worden ist. Durch den Relativsatz "das einem anderen gegenüber vorzunehmen war" sollte nämlich lediglich die Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung gekennzeichnet werden.²⁾ Wie sich aus einem Vergleich mit den §§ 116, 2; 117 I; 122 I; 123 II 1; 130 I 1 BGB ergibt, gebraucht das Gesetz den Ausdruck "empfangsbedürftige" Willenserklärung nicht, sondern bedient sich zur Kennzeichnung der Empfangsbedürftigkeit stets des obigen Relativsatzes. § 143 III 1 BGB besagt also nur, daß bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Erklärungsempfänger der Anfechtungsgegner ist. Wenn zwei mögliche Erklärungsempfänger vorhanden sind, ist Anfechtungsgegner lediglich der konkrete Erklärungsempfänger. Wollte man § 143 II 1 BGB so verstehen, daß bei zwei potentiellen Erklärungsempfängern jeder von beiden als Anfechtungsgegner anzusehen ist, dann wäre § 143 III 2 BGB überflüssig, da er nur eine Wiederholung der allgemeinen Regel des § 143 III 1 BGB enthalten würde.³⁾ Aus der Formulierung des § 143 III 2 BGB er-

1) So Flume, Allg. Teil, S. 870.

2) Der dem § 143 BGB entsprechende § 113 II des E I lautete: "Anfechtungsgegner ist bei einem Verträge der andere Vertragschließende, bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird, der Beteiligte". Bei Verträgen und einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen - so erläutern die Motive, Bd. I, S. 221, diese Bestimmung - sei Anfechtungsgegner "der Natur der Dinge nach der Empfänger der anfechtbaren Willenserklärung". Die spätere Neufassung durch die 2. Kommission hatte nur terminologische Bedeutung, eine sachliche Änderung sollte durch sie nicht herbeigeführt werden, vergl. Protokolle, Bd. I, S. 129.

3) Vergl.: Jehle, S. 71.

gibt sich aber eindeutig, daß bei Zugrundelegung des § 143 III 1 BGB "der andere" nicht Anfechtungsgegner wäre, vielmehr die Anfechtung der Behörde gegenüber erfolgen müßte. § 143 III 2 BGB erhält erst dann Sinn, wenn man davon ausgeht, daß nach § 143 III 1 BGB die Anfechtungserklärung stets gegenüber dem konkreten Erklärungsempfänger abgegeben werden muß.

Die generelle Wertung des § 143 III 1 BGB könnte aber für die Bevollmächtigung durch die Widerrufsregelung in §§ 168,3; 167 I BGB modifiziert worden sein. Die Bevollmächtigung kann nämlich sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Geschäftspartner widerrufen werden, wobei es gleichgültig ist, ob eine Innen- oder Außenvollmacht vorliegt. Da sich die Anfechtung vom Widerruf n u r durch die Rückwirkung (§ 142 I BGB) unterscheidet, wird zum Teil eine Analogie für zulässig gehalten.¹⁾ Hierbei wird aber ü b e r s e h e n , daß durch den Widerruf lediglich die Vollmacht beseitigt wird, während die Anfechtung die Vernichtung des Vertretergeschäfts zum Ziel hat. Durch den Widerruf der Vollmacht wird weder in die Interessenssphäre des Vertreters noch in die des Geschäftspartners eingegriffen. Daher kann der Widerruf dem Vertreter oder dem Geschäftspartner gegenüber erfolgen, ohne daß eine Vertrauenshaftung des Geschäftsherrn - wie sie bei der Anfechtung durch § 122 BGB angeordnet ist - ausgelöst wird. Die Anfechtung der Bevollmächtigung dagegen berührt sowohl die Interessen des Vertreters als auch des Geschäftspartners. Der Vertreter ist von ihr betroffen wegen seiner Haftung aus § 179 BGB, der Geschäftspartner wegen der Hinfälligkeit des Vertretergeschäfts. Beide haben daher ein berechtigtes Interesse daran, von der Anfechtung der Bevollmächtigung zu erfahren. Es würde aber den Geschäftsherrn zu sehr belasten, wenn man zur Wirksamkeit der

1) Vergl.: Planck-Flad, § 167, Anm. 4 b.

Anfechtung verlangte, daß die Anfechtungserklärung dem Vertreter u n d dem Geschäftspartner gegenüber abgegeben wird; denn bei der internen Bevollmächtigung kennt der Geschäftsherr häufig noch gar nicht die betroffenen Geschäftspartner. Daher muß es ausreichen, daß die Anfechtung der Bevollmächtigung gemäß § 143 III 1 BGB dem konkreten Erklärungsempfänger gegenüber erfolgt.

Wenn Müller-Freienfels¹⁾ und Flume²⁾ dagegen die Ansicht vertreten, daß sogar die interne Bevollmächtigung nach Abschluß des Vertretergeschäfts nur gegenüber dem Geschäftspartner angefochten werden könne, so berücksichtigen sie nicht genügend, daß durch die Anfechtung auch in den Interessenbereich des Vertreters eingegriffen wird. Dies wird besonders deutlich bei der unwiderruflichen Vollmacht, die in der Regel der Verwirklichung der Interessen des Vertreters dient. Ein überwiegendes Interesse des Geschäftspartners, das allein eine Abweichung von der gesetzlichen Wertung in § 143 III 1 BGB rechtfertigen könnte, ist daher nicht anzuerkennen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß nach § 143 III 1 BGB die Anfechtung der Innenvollmacht dem Vertreter, die Anfechtung der Außenvollmacht dem Geschäftspartner gegenüber erfolgen muß. Bei der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung ist Anfechtungsgegner gemäß § 143 IV 1 BGB der Geschäftspartner.³⁾ Da aber die Geschäftspartner in diesem Fall dem Vollmachtgeber häufig unbekannt sind, muß auch die

1) S.404, Anm.30.

2) Allg.Teil, S.562 f, 870.

3) "Unmittelbar" i.S. des § 143 IV 1 BGB ist nach h.M. jeder Vorteil, den jemand aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft - wenn auch unter Hinzutritt weiterer Handlungen - als erster erlangt, vergl.: Planck-Flad, § 143, Anm.4 c; von Tuhr, Bd.II, 1, § 57 IV 3; Oertmann, § 143, Anm.2. Durch die Bevollmächtigung erlangt daher der Geschäftspartner - wenn auch in Verbindung mit dem Vertretergeschäft - "unmittelbar" einen rechtlichen Vorteil, vergl.: Planck-Flad, § 171, Anm.3; von Tuhr, Bd.II, 2, S.391; Flume, Allg. Teil, S.870, Anm.32.

Anfechtung durch öffentliche Bekanntmachung zugelassen werden.¹⁾

6. Rechtsfolgen der Anfechtung

Die Anfechtung beseitigt die Bevollmächtigung gemäß § 142 I BGB mit ex tunc-Wirkung und ergreift daher mittelbar auch das Vertretergeschäft. Dieses ist von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen worden und daher für den Geschäftsherrn unverbindlich. Der gutgläubige Geschäftspartner wird nur ausnahmsweise in den Fällen der §§ 171, 172 BGB geschützt.²⁾ Dieser Schutz entfällt sogar, wenn auch die Kundgabe der Bevollmächtigung von einem Willensmangel beeinflusst worden ist, da dann die Vollmachtskundgabe ebenfalls anfechtbar ist.³⁾

Der Geschäftspartner ist daher bei der Anfechtung der Bevollmächtigung vornehmlich auf den Schadensersatzanspruch aus § 179 BGB gegen den Vertreter angewiesen, der in der Regel gemäß § 179 II BGB auf den Ersatz des negativen Interesses

1) Nach Hupka, S.140 f., kann die Anfechtung nur durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, da durch die Bevollmächtigung niemand unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlange. Von Tuhr, Bd.II,2,S.391, will für den Fall, daß die Geschäftspartner dem Vollmachtgeber unbekannt sind, vornehmlich § 132 II BGB anwenden. Daneben hält er aber auch die Anfechtung durch öffentliche Bekanntmachung für zulässig.

2) Vergl.: Motive, Bd.I, S.229; Oertmann, § 167, Anm.5; Enn.-Nipperdey, § 203 III 8 b; Erman-Westermann, § 143, Anm.3.

3) Vergl. oben S.23 ff d.Arb.

ses beschränkt ist.¹⁾ Nur beim Irrtum (§ 119 BGB) und der unrichtigen Übermittlung (§ 120 BGB) kann der Geschäftspartner auch den Vollmachtgeber nach § 122 BGB auf Ersatz des Vertrauensschadens in Anspruch nehmen und dies nach h.M. auch nur dann, wenn die Vollmacht ihm gegenüber erklärt bzw. kundgegeben ist.²⁾

Ob diese dem BGB zugrunde liegende Haftungsbeschränkung durch die von der Rechtsprechung entwickelte Anscheinsvollmacht "überspielt" worden ist oder ob umgekehrt die Anscheinsvollmacht mit den §§ 122, 179 BGB im Widerspruch steht, soll im folgenden analysiert werden. In die Untersuchung soll

-
- 1) Nach Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 189; Müller-Freienfels, S. 403; Flume, Allg. Teil, S. 807 f., 873 f., soll der Vertreter aus § 179 BGB nur dann haften, wenn er die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung kannte oder kennen mußte. Denn - so führt Flume, S. 873, aus - "der Vollmachtsbehauptung, wegen deren den Bevollmächtigten die Haftung nach § 179 BGB trifft, entspricht nicht als sachgerechte Rechtsfolge eine allgemeine Gewährleistung, daß die Vollmachtserteilung nicht mit Willensmängeln behaftet ist". Diese Ansicht mag de lege ferenda erwägenswert sein, de lege lata scheitert sie aber an § 179 II BGB, der vom Gesetzgeber bewußt als Garantiehaftung ausgestaltet worden ist und daher nicht durch Verschuldensgesichtspunkte aufgeweicht werden darf, vergl.: Protokolle, Bd. I, S. 158 ff; Kipp, ZHR 57, 226; Deutsch, S. 358; Canaris, AcP 165, 13; Larenz, JuS 1965, 378.
 - 2) Vergl.: Protokolle, Bd. I, S. 142; Planck-Flad, § 167, Anm. 4 d; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 391; von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 28; Lehmann-Hübner, § 36 IV 3 b; Enn.-Nipperdey, § 203 III 8 b. Hupka, Die Vollmacht, S. 145 ff; Hellwig, ZZP 29, 528; Müller-Freienfels, S. 403; Flume, Allg. Teil, S. 871 und Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 29, wollen dagegen dem Geschäftspartner auch bei Anfechtung der Innenvollmacht einen Schadensersatzanspruch aus § 122 BGB gegen den Geschäftsherrn gewähren. Dem ist zuzustimmen, da der Geschäftsherr durch die fehlerhafte Bevollmächtigung den Vertrauensstatbestand veranlaßt hat.

auch die nichtige Bevollmächtigung einbezogen werden, da bei ihr ähnliche Abgrenzungsprobleme auftauchen. Es muß daher zunächst noch aufgezeigt werden, in welchen Fällen die Bevollmächtigung nichtig ist. Denn erst wenn dies feststeht, kann erörtert werden, inwieweit sich aus einer nichtigen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht ergeben kann.

II. Die Nichtigkeit der Bevollmächtigung

1. Die Unabhängigkeit der Bevollmächtigung vom Grundverhältnis

Nach der heute absolut h.L. ist die Bevollmächtigung ein abstraktes Rechtsgeschäft, d.h. sie ist in ihrer Entstehung unabhängig von der Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Schuldverhältnisses.¹⁾ Dies bedeutet aber nur, daß auf die

1) Vergl.: Laband, ZHR 10, 183, von dem die Abstraktheit der Vollmacht "entdeckt" wurde; Hupka, S. 155 ff; Flatau, Gruchot 52, 753 ff; Cohn, AcP 135, 87 ff; von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 2; Enn.-Nipperdey, § 184 III 2; Lehmann-Hübner, § 36 V 3 b. Kritisch zur Abstraktheit der Vollmacht: Wellspacher, S. 80 ff; Macris, S. 107 ff, unter Hinweis auf die Protokolle, Bd. I, S. 145; H. Meyer, ZAkDR 2, 53: "Es war eine scholastische Überspitzung, Vollmacht und Geschäftsführungsbefugnis völlig voneinander zu trennen, für die die mit den Hilfsmitteln der Scholastik weiterarbeitende moderne Rechtstalmudistik verantwortlich zu machen ist". Eine Stellungnahme hierzu erübrigt sich.

Beziehung von Grundverhältnis und Bevollmächtigung die gesetzliche Auslegungsregel des § 139 BGB nicht anwendbar ist,¹⁾ schließt jedoch nicht aus, daß der Nichtigkeitsgrund des Grundverhältnisses die Vollmachtserteilung mitergreift.²⁾ Bei der Innenvollmacht kann es sogar als die Regel bezeichnet werden, daß der Nichtigkeitsgrund des Kausalvertrages auch die Vollmachtserteilung betrifft.³⁾ So ist z.B. die vom Bewucherten dem Wucherer mündlich erteilte Einziehungsvollmacht, mit deren Hilfe der Wucherer sich befriedigen soll, nach § 138 BGB nichtig.⁴⁾ Hierbei handelt es sich aber nicht - wie Hupka meint -⁵⁾ um eine Ausnahme von der Abstraktheit der Vollmacht, denn die Bevollmächtigung ist nicht wegen der Nichtigkeit des Grundgeschäfts nichtig, sondern weil der Nichtigkeitsgrund beide Rechtsgeschäfte ergreift. Aber auch bei der internen Bevollmächtigung ist es möglich, daß allein das Grundverhältnis nichtig ist. Als Beispiel hierfür wird im allgemeinen die Bevollmächtigung eines beschränkt Geschäftsfähigen angeführt. Diese ist nach § 165 BGB wirksam, obwohl der ihr zugrunde liegende Auftrag oder Dienstvertrag mangels Genehmigung des gesetzlichen Vertreters unwirksam ist.

-
- 1) Wenn in der Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf die Vollmacht bejaht worden ist, vergl. RGZ 81, 51; 94, 147, so betrifft dies nur den Fall, daß im Rahmen eines formnichtigen Grundstückskaufvertrags eine Auflassungsvollmacht erteilt worden ist. Der Kaufvertrag stellt hier aber nicht das der Vollmacht zugrunde liegende Schuldverhältnis dar, sondern neben dem Kaufvertrag kommt ein Auftrag zur Entstehung, vergl.: Cohn, AcP 135, 87 f.
 - 2) Vergl.: Flatau, Gruchot 52, 790; Jacobi, KrVJ Schr 49, 116 f; RGRK (Würdinger), vor §§ 48 ff HGB, Anm. 12.
 - 3) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 841 f; Larenz, Allg. Teil, § 37 II.
 - 4) So auch Eccius, Gruchot 47, 219; Jacobi, KrVJ Schr 49, 109; a.A. Rosenberg, S. 748.
 - 5) Die Vollmacht, S. 160.

Die Nichtigkeit des zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter bestehenden Grundverhältnisses ist dagegen auf die externe Bevollmächtigung in der Regel ohne jeden Einfluß.¹⁾ Wenn die Einziehungsvollmacht - um beim obigen Beispiel zu bleiben - vom Bewucherten dem Dritten gegenüber erklärt wird, so ist sie wirksam, obwohl das zwischen dem Bewucherten und dem Wucherer bestehende Kausalverhältnis sittenwidrig ist.

2.

Der Schutzzweck der §§ 171 ff BGB

Um zu verhindern, daß die Nichtigkeit der internen Bevollmächtigung dem gutgläubigen Geschäftspartner entgegengehalten werden kann, hat das Gesetz angeordnet, daß der Kundgabe der Bevollmächtigung nach §§ 171 ff BGB die Wirkung einer selbständigen Bevollmächtigung zukommt.²⁾ Da der Geschäftspartner in das Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vertreter in der Regel nicht Einblick nehmen kann, soll er durch die §§ 171 ff BGB geschützt werden, wenn die interne Bevollmächtigung ihm kundgegeben worden ist, Formelle und materielle Mängel, die der Vollmachtskundgabe unmittelbar anhaften, muß dagegen auch der gutgläubige Geschäftspartner gegen sich gelten lassen.³⁾

Die Schutzfunktion der §§ 171 ff BGB wird daher verkannt, wenn von Staudinger-Coing⁴⁾ aus den §§ 171 ff BGB die Folgerung ziehen, daß auch die Nichtigkeit der externen Be-

1) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 843 f.

2) Vergl. zum folgenden die Ausführungen auf S. 24 ff d. Arb.

3) Vergl.: RGZ 108, 125 ff; RG Gruchot 68, 538 ff.

4) § 170, Anm. 2.

vollmächtigung (§ 170 BGB) dem gutgläubigen Dritten gegenüber irrelevant sei.¹⁾ § 170 BGB beschränkt den Schutz des Dritten ausdrücklich auf das Erlöschen der Vollmacht, das nach §§ 168, 1 bzw. 168,3; 167 I BGB im Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter seine Ursache hat. Wenn die h.M.²⁾ § 173 BGB auf das Nichtentstehen der Vertretungsmacht analog anwenden will, so betrifft dies nur das Nichtentstehen der internen Bevollmächtigung in den Fällen der §§ 171, 172 BGB. Hinsichtlich der Nichtigkeit der externen Bevollmächtigung wird dagegen der gutgläubige Geschäftspartner durch die §§ 170, 173 BGB nicht geschützt.³⁾ Ein solcher Schutz des Geschäftspartners ist, wie sich bei der folgenden Erörterung der einzelnen Nichtigkeitsgründe zeigen wird, häufig schon deshalb nicht erforderlich, weil die Nichtigkeit der externen Bevollmächtigung vielfach auf der fehlenden Gutgläubigkeit des Geschäftspartners beruht.

3. Die einzelnen Nichtigkeitsgründe

a) Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit

Die von einem Geschäftsunfähigen erteilte Bevollmächtigung ist nach § 105 I BGB nichtig und daher nicht genehmigungsfähig.

1) Auch nach Erman-Böhle-Stamschräder, § 170, Anm. 3, soll der Dritte durch § 170 BGB vor der Nichtigkeit der externen Bevollmächtigung geschützt sein. Die Entscheidung RGZ 104, 360, auf die er sich in diesem Zusammenhang beruft, kann aber seine Ansicht nicht stützen. Vielmehr hat das Reichsgericht stets den gegenteiligen Standpunkt vertreten, vgl. Anm. 3, S. 49.

2) Vergl. oben S. 22, Anm. 1, d. Arb.

3) Vergl.: Wellspacher, S. 89; Rosenberg, S. 729; Jehle, S. 48; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 389; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 608; Stoll, Mißbrauch, S. 129; Flume, Allg. Teil, S. 843 f; anderer Ansicht: Würdinger in Großkomm. HGB, vor §§ 48 ff, Anm. 13.

hig. Der gesetzliche Vertreter kann aber den auf Grund der nichtigen Bevollmächtigung abgeschlossenen Vertrag nach §§ 177 f BGB genehmigen.

Schwierigkeiten bereitet die Frage der Bevollmächtigung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen. Es werden drei Meinungen hierzu vertreten:

Nach der h.M. bedarf ein beschränkt Geschäftsfähiger zur Vollmachtserteilung dann der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, wenn das Vertretergeschäft nach § 107 BGB zustimmungspflichtig ist.¹⁾ Erfolgt die Bevollmächtigung ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so ist sie nach § 111,1 BGB unwirksam, da die Bevollmächtigung stets als einseitiges Rechtsgeschäft angesehen wird.²⁾

Anderer Ansicht ist Jehle.³⁾ Da die Vollmachtserteilung ein selbständiges Rechtsgeschäft sei, müsse die Frage ihrer Zustimmungsbedürftigkeit gemäß § 107 BGB ohne Hinzuziehung des Vertretergeschäfts geprüft werden. Die h.M. stehe im Widerspruch zu der vom BGB durchgeführten strikten Trennung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft und müsse dann scheitern, wenn auf Grund der Vollmacht sowohl ein vorteilhaftes als auch ein nachteiliges Vertretergeschäft abgeschlossen worden sei.⁴⁾ Er selbst vertritt die Ansicht, daß die Vollmachtserteilung ein neutrales Rechtsgeschäft sei, durch welches der beschränkt Geschäftsfähige weder einen rechtlichen Vorteil noch einen rechtlichen Nachteil erlange. Daher sei die Bevollmächtigung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen nicht nach § 107 BGB zustimmungsbedürftig, sondern stets gültig. Die auf Grund der Bevollmächtigung abgeschlossenen

1) Vergl.: Dernburg, S. 401; Hupka, Die Vollmacht, S. 127; Rosenberg, S. 747; Planck-Flad, § 107, Anm. I 3 g; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 387; Enn.-Nipperdey, § 151 II 1 c.

2) Vergl.: von Tuhr, Bd. II, 2, S. 387; Flume, Allg. Teil, S. 865; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 3.

3) S. 61 ff.

4) S. 66.

Rechtsgeschäfte müßten aber so behandelt werden, als seien sie von einem beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommen worden.¹⁾

Gemäß seiner These, daß Bevollmächtigung und Vertretergeschäft zusammen ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, geht Müller-Freienfels²⁾ davon aus, daß auf die Bevollmächtigung, wenn sie auf einen Vertrag gerichtet ist, die Vorschriften über Verträge anzuwenden seien. Die Vorschriften über einseitige Rechtsgeschäfte seien nur dann maßgeblich, wenn die Bevollmächtigung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft erfolgt. Nach Müller-Freienfels ist daher - im Gegensatz zur h.M. - die Bevollmächtigung zu einem Vertrag, wenn es an der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters mangelt, nicht gemäß § 111,1 BGB unwirksam, sondern nach § 108 I BGB genehmigungsfähig.³⁾

Eine Stellungnahme zu den dargelegten Lehren kann kurz ausfallen, da die Meinungsverschiedenheiten im wesentlichen nur von rechtstheoretischer Bedeutung sind. Denn ob die Vollmachtserteilung zu einem verpflichtenden Vertrag, die ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, gültig (so Jehle), schwebend unwirksam (so Müller-Freienfels) oder von vornherein unwirksam (so die h.M.) ist, hat keine große praktische Bedeutung, da nach allen drei Meinungen zur Gültigkeit des Ausführungsgeschäfts die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist. Nach Müller-Freienfels bedarf die Bevollmächtigung der Genehmigung, während nach der

1) S.64 f.

2) S.246.

3) So jetzt auch Larenz, Allg. Teil, § 37 II.

h.M. und der Ansicht von Jehle der gesetzliche Vertreter das Ausführungsgeschäft genehmigen kann.¹⁾

Aus dogmatischen Gründen soll nur kurz darauf hingewiesen werden, daß die Kritik, die Jehle an der h.M. geübt hat, verfehlt ist. Bei Berücksichtigung der der Vollmacht immanenten Sinnbezogenheit auf das Vertretergeschäft²⁾ bestehen keine Bedenken dagegen, die Bevollmächtigung, soweit sie ein

-
- 1) Hinsichtlich der Rechtsstellung des Geschäftspartners bestehen allerdings zwischen der h.M. und der Ansicht von Müller-Freienfels einige Unterschiede:

Nach der h.M. kann der minderjährige Vollmachtgeber gemäß § 177 I BGB das Vertretergeschäft genehmigen. Die Genehmigung bedarf gemäß § 111, 1 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Fordert der Geschäftspartner den Minderjährigen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen, § 177 II 1 BGB. Bis zur Genehmigung des Vertrags kann der Geschäftspartner seine Erklärung gemäß § 178 BGB sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem unwirksam Bevollmächtigten widerrufen, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluß des Vertrags gekannt hat. Gemäß § 131 II 1 BGB wird der Widerruf, den der Geschäftspartner gegenüber dem minderjährigen Vollmachtgeber erklärt, aber erst wirksam mit dem Zugang beim gesetzlichen Vertreter.

Nach Müller-Freienfels kann der gesetzliche Vertreter gemäß § 108 I BGB die Bevollmächtigung genehmigen. Fordert der Geschäftspartner den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen. Bis zur Genehmigung des Vertrags kann der Geschäftspartner gemäß § 109 BGB seine Erklärung sowohl gegenüber dem gesetzlichen Vertreter als auch gegenüber dem minderjährigen Vollmachtgeber widerrufen, wenn er die Minderjährigkeit nicht gekannt hat.

- 2) Vergl.: oben S. 14 ff d. Arb.

lediglich rechtlich vorteilhaftes Vertretergeschäft betrifft, als gültig anzusehen, während sie bezüglich nachteiliger Vertretergeschäfte gemäß § 111,1 BGB unwirksam ist. Wenn Jehle dies in strikter Durchführung der Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft für unmöglich hält, so legt er eine naturalistische Betrachtungsweise zugrunde, die der Struktureigentümlichkeit der Rechtswissenschaft nicht gerecht wird. Auch seiner Ansicht, daß die Bevollmächtigung als neutrales Rechtsgeschäft gemäß § 107 BGB stets gültig sei, aber die rechtlich nachteiligen Ausführungsgeschäfte der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bedürften, kann nicht gefolgt werden. Sie verkennt, daß in einer Rechtsordnung, die auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruht, die Bevollmächtigung den entscheidenden Selbstbestimmungsakt darstellt, während die Tätigkeit des Vertreters lediglich instrumentalen Charakter hat.¹⁾ Daher bedarf der in der Bevollmächtigung enthaltene Selbstbestimmungsakt des beschränkt Geschäftsfähigen dann der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wenn das Ausführungsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Auf die Bevollmächtigung zu einem Vertrag die Vorschriften über Verträge anzuwenden, wie Müller-Freienfels dies vorschlägt, ist nicht erforderlich, da es im Ergebnis gleichgültig ist, ob die Bevollmächtigung nach § 111,1 BGB unwirksam ist, das Vertretergeschäft aber nach §§ 177 f BGB genehmigt werden kann, oder ob die Bevollmächtigung nach § 108 I BGB genehmigungsfähig ist. Denn die in §§ 108 II BGB und 109 bzw. §§ 177 II; 178 BGB enthaltenen Genehmigungsmodalitäten sind im wesentlichen identisch.²⁾ Es besteht folglich kein

1) Vergl.: Thiele, S.59 ff.

2) Vergl.: S.53, Anm.1.

Bedürfnis, von dem Grundsatz des § 167 I BGB abzuweichen, nach dem die Bevollmächtigung stets ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt.¹⁾ Die h.M. sieht daher die Vollmachtserteilung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen, die ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, mit Recht nach § 111,1 BGB als unwirksam an.

b) Mentalreservation

Mit der unter Mentalreservation erteilten Bevollmächtigung hatte sich kürzlich der BGH auseinanderzusetzen.²⁾ Er führte aus, eine unter einem geheimen Vorbehalt erteilte Innenvollmacht sei nicht schon dann nichtig, wenn der Vertreter den Vorbehalt durchschaue, sondern auch der Geschäftspartner, mit dem der Vertreter abschließen sollte, müsse den Vorbehalt kennen. Diese Ansicht des BGH befriedigt nicht.

Nach § 116,2 BGB ist eine Willenserklärung nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. Bei der Anwendung des § 116,2 BGB auf die Bevollmächtigung tauchen aber insofern Schwierigkeiten auf, als nach § 167 I BGB die Vollmachtserteilung dem Vertreter oder dem Geschäftspartner gegenüber erfolgen kann, also zwei mögliche Erklärungsempfänger vorhanden sind. Nach dem Wortlaut des § 116,2 BGB - "wenn sie einem anderen gegenüber a b z u g e b e n i s t" - könnte man die Meinung vertreten, daß die Kenntnis eines der möglichen Erklärungsempfänger ausreicht.³⁾ Aus der Entstehungsgeschichte des § 116,2 BGB ergibt

1) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 865.

2) Vergl.: BGH NJW 1966, 1915 ff.

3) Zu der ähnlichen Problematik bei der Frage des Anfechtungsgegners vergl. S. 42/3 ff.

sich aber, daß sich der Konditionalsatz auf den konkreten Erklärungsempfänger bezieht.¹⁾ § 116,2 BGB entspricht nämlich dem § 95,2 BGB des ersten Entwurfs, der lautete: "Die Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat". Durch die spätere Neuredaktion sollte eine sachliche Änderung nicht herbeigeführt werden.²⁾ Im Schrifttum wird daher mit Recht allgemein die Ansicht vertreten, daß eine in Mentalreservation erteilte Innenvollmacht stets dann nichtig ist, wenn der Bevollmächtigte den Vorbehalt kennt.³⁾

Wenn der BGH sich für seine gegenteilige Meinung auf Palandt-Danckelmann, § 116 Anm.2, beruft, so zitiert er falsch. Bei Palandt-Danckelmann heißt es a.a.O.: "So macht bei Vollmachtserteilung unter geheimem Vorbehalt die Kenntnis des Bevollmächtigten die Vollmacht nicht unwirksam, wenn der Geschäftsgegner die Vollmachtserteilung k e n n t, der Vorbehalt ihm aber verheimlicht wird". Bei der internen Bevollmächtigung kennt jedoch - von der Vollmachtskundgabe nach §§ 171 f BGB einmal abgesehen - der Geschäftspartner die Vollmachtserteilung gerade nicht, er vertraut allein den Angaben des Vertreters. Daß aber in den Fällen der §§ 171 f BGB die Nichtigkeit der internen Bevollmächtigung dem gutgläubigen Geschäftspartner nicht entgegengehalten werden kann, ist allgemein anerkannt⁴⁾ und wurde bereits dargelegt⁵⁾. Diese

1) Vergl.: Motive, Bd.I, S.192.

2) Vergl.: Protokolle, Bd.I, S.94 f; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.25.

3) Vergl.: Jehle, S.68 ff (72); von Tuhr, Bd.II, 2, S.388 f; Flume, Allg. Teil, S.869; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm.27.

4) Vergl.: Motive, Bd.I, S.193; RGRK (Krüger-Nieland), § 116, Anm.5 und § 117, Anm.16; von Staudinger-Coing, § 117, Anm.10 d; Soergel-Hefermehl, § 117, Anm.16; Erman-Westermann, § 117, Anm.3.

5) Vergl. oben S.49 ff d.Arb.

Schutzgrenze der §§ 171, 172 BGB würde überspielt, wenn man bei der in Mentalreservation erteilten Innenvollmacht stets auf die Kenntnis des Geschäftspartners abstellen würde.¹⁾ Für einen generellen Schutz des Dritten dergestalt, daß die Bevollmächtigung wirksam ist, besteht bei der internen Vollmacht auch kein Bedürfnis. In diesem Fall verläßt der Dritte sich auf die Vollmachtsbehauptung des Vertreters und steht daher nur mit diesem in einer Vertrauensbeziehung. Wie die §§ 116, 119 BGB zeigen, beruht der Geltungsgrund der Willenserklärung nicht nur auf dem Willen des Erklärenden, sondern auch auf der Inanspruchnahme des Vertrauens des Erklärungsempfängers.²⁾ Durch die interne Bevollmächtigung nimmt aber der Vollmachtgeber das Vertrauen des Geschäftspartners nicht in Anspruch, vielmehr vertraut der Geschäftspartner allein den Angaben des Vertreters. Es besteht daher kein Grund, bezüglich der internen Bevollmächtigung von der Regel des § 116, 2 BGB abzuweichen, nach der eine empfangsbedürftige Willenserklärung dann nichtig ist, wenn der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt kennt. Die entgegengesetzte Ansicht des BGH ist weder mit der ratio legis des § 116 BGB noch mit der den §§ 171 f BGB zugrunde liegenden Interessenbewertung vereinbar.

Auch die Lösung des umgekehrten Falles, daß bei der Erteilung einer Innenvollmacht nicht der Vertreter, sondern der Geschäftspartner den geheimen Vorbehalt kennt, ist lebhaft umstritten.

Jehle,³⁾ von Tuhr⁴⁾ und von Staudinger-Coing⁵⁾ gehen davon aus, daß es in § 116, 2 BGB stets nur auf die Kenntnis

1) Vergl. hierzu Heck, AcP 112, 195: "Der Richter ist auch an die Fernwirkung der gesetzlichen Werturteile gebunden".

2) Vergl.: Manigh, Das rechtswirksame Verhalten, S. 199; Eichler, S. 103.

3) S. 72.

4) Bd. II, 2, S. 389.

5) § 167, Anm. 25.

des konkreten Erklärungsempfängers ankomme, und sehen die Bevollmächtigung daher als gültig an. Von Tuhr will aber unter Umständen dem Vollmachtgeber einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen den Geschäftspartner zugestehen.

Nach der heute h.M.¹⁾ ist dagegen die Bevollmächtigung in diesem Fall nichtig. Müller-Freienfels²⁾ meint, dieses Ergebnis lasse sich dogmatisch befriedigend nur dann erklären, wenn man Bevollmächtigung und Vertretergeschäft als ein einheitliches Rechtsgeschäft betrachte. Als Begründung verweist er auf die entsprechende Anwendung des in § 166 II BGB zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes: ebensowenig wie der Vollmachtgeber dürfe sich der Geschäftspartner hinter der Gutgläubigkeit des Vertreters verstecken.

Eine sachgerechte Lösung für die vorliegende Problematik kann nicht aus einer bestimmten Vertretungstheorie hergeleitet werden, sondern es ist erforderlich, die in § 116 BGB enthaltenen Bewertungsfaktoren aufzudecken und auf die bei der Rechtsfigur der Vollmacht möglichen Interessenkonstellationen zu übertragen. § 116,1 BGB beruht auf der Erwägung, daß es im Interesse des Verkehrsschutzes unerläßlich ist, dem Erklärenden die Berufung auf einen fehlenden Rechtsfolgenwillen abzuschneiden, wenn er die rechtsgeschäftliche Erklärung bewußt in Geltung gesetzt hat.³⁾ Die Nichtigkeit der Willenserklärung nach § 116,2 BGB folgt dagegen aus dem fehlenden Schutzbedürfnis des Erklärungsempfängers beim offenen Vorbehalt.⁴⁾

1) Vergl.: Schlegelberger-Vogels-Hezel, § 167, Anm. 27; Erman-Westermann, § 116, Anm. 2; Müller-Freienfels, S. 406; Flume, Allg. Teil, S. 869.

2) Vergl. S. 406.

3) Vergl.: Riezler, S. 121 f; Soergel-Hefermehl, § 116 Anm. 1; Erman-Westermann, § 116, Anm. 1; Fabricius, JuS 1966, 7.

4) Vergl.: Erman-Westermann, § 116, Anm. 3; Wieacker, JZ 1967, 390; kritisch zur Interessenbewertung des § 116,2 BGB: Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 89; Soergel-Hefermehl, § 116, Anm. 2.

Dieser Gesetzeszweck des § 116,2 BGB trifft aber auch zu, wenn bei der Bevollmächtigung im Interesse des Geschäftsherrn der Geschäftspartner den Vorbehalt kennt. In diesem Fall fehlt es nämlich am Schutzbedürfnis des Vertreters als des konkreten Erklärungsempfängers, da seine Haftung gemäß § 179 III 1 BGB ausgeschlossen ist. Insoweit kann daher der h.M. gefolgt und die Bevollmächtigung als nichtig angesehen werden.¹⁾

Die ratio legis des § 116,1 BGB greift dagegen ein, wenn die Rechtsfigur der Vollmacht unter Änderung ihrer ursprünglichen Funktion zur Verwirklichung von Interessen des Vertreters verwandt wird. Bei dieser Sachlage hat der Vertreter, auch wenn der Geschäftspartner den Vorbehalt kennt, ein schutzwürdiges Interesse an der Gültigkeit der Bevollmächtigung.

Da sich - wie dargelegt²⁾ - der Konditionalsatz in § 116,2 BGB auf den konkreten Erklärungsempfänger bezieht, ist die externe Bevollmächtigung nur dann nichtig, wenn der Geschäftspartner den Vorbehalt durchschaut.³⁾

Aus der Nichtempfangsbedürftigkeit der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung folgert von Tuhr⁴⁾, daß sie nicht nach § 116,2 BGB nichtig sein könne. Wisse der Geschäftspartner aber von dem geheimen Vorbehalt, so könne in dem Geschäftsabschluß mit dem Vertreter unter Umständen ein Verstoß gegen § 826 BGB liegen.

1) Eine intern erteilte Generalvollmacht ist nur gegenüber den Geschäftspartnern nichtig, die den geheimen Vorbehalt kennen, vergl. oben S.11 ff, 53 d.Arb.

2) Vergl.oben S.55 f d.Arb.

3) Vergl.: Jehle, S.75; von Tuhr, Bd.II, 2, S.388 f; Flume, Allg. Teil, S.869; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm.27.

4) Bd.II, 2, S.389; vergl.auch Kallimopoulos, S.39 f.

Diese begriffsjuristische Argumentation von Tuhrs erscheint mir nicht überzeugend. Sie beruht auf der logisch nicht zwingenden Erwägung, daß die Bevollmächtigung wegen ihrer Unteilbarkeit nicht gleichzeitig gültig und nichtig sein könne, die oben¹⁾ bereits als verfehlt zurückgewiesen wurde. Logisch bestehen keinerlei Bedenken, die Nichtigkeit der Bevollmächtigung gegenüber verschiedenen Personen verschieden zu beurteilen. Daher ist die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung gegenüber den Geschäftspartnern nichtig, die den geheimen Vorbehalt kennen, während sie bezüglich der übrigen Geschäftspartner gültig ist.

c) Scheingeschäft

Bezüglich der Bevollmächtigung als Scheinerklärung kann im wesentlichen auf die Ausführungen zur Bevollmächtigung in Mentalreservation verwiesen werden. Die Fälle der Scheinerklärung und des durchschauten Vorbehalts unterscheiden sich nämlich nur dadurch, daß bei der Scheinerklärung dem Erklärungsempfänger der fehlende Geschäftswille nicht bloß bekannt ist, sondern daß er auch mit dem Scheincharakter der Erklärung einverstanden ist.²⁾ Wegen dieser weitgehenden Strukturgleichheit der Tatbestände ordnet das Gesetz daher sowohl in § 116,2 BGB als auch in § 117 I BGB die Nichtigkeit der Erklärung an.

Die externe Bevollmächtigung ist ebenso wie beim durchschauten Vorbehalt nur dann nichtig, wenn der Geschäftspart-

1) Vergl.: S. 14 ff, 53 d. Arb.

2) Vergl.: Enn.-Nipperdey, § 165 III 2; Flume, Allg. Teil, S. 405; Lehmann-Hübner, § 34 II 2; Kallimopoulos, S. 53 f.

ner mit dem Scheincharakter einverstanden ist.¹⁾

Auch die interne Bevollmächtigung ist nach § 117 I BGB nichtig, wenn zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner Einverständnis darüber besteht, daß die Vollmachtserteilung nur zum Schein erfolgt.²⁾ Nichtigkeit nach § 117 I BGB tritt aber trotz Einverständnisses des Geschäftspartners nicht ein bei der Vollmachtserteilung im Eigeninteresse des Vertreters.³⁾

Wenn Hupka⁴⁾, Jehle⁵⁾ und von Staudinger-Coing⁶⁾ die Ansicht vertreten, daß diese Lösungen im Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung in § 117 BGB ständen, so beachten sie nicht, daß der Richter nicht an den Wortlaut, sondern nur an die Wertung des Gesetzes gebunden ist. Mit dem in § 117 I BGB enthaltenen Bewertungsfaktor sind - wie bei der Bevollmächtigung in Mentalreservation aufgezeigt wurde - diese Lösungen aber vereinbar.

Einer besonderen Erörterung bedarf nur der Fall, daß die interne Vollmacht mit Einverständnis des Vertreters nur zum Schein erteilt wird, der Geschäftspartner jedoch den Scheincharakter nicht kennt. In diesem Fall wird die Bevollmächtigung vielfach als gültig angesehen.⁷⁾ Als Begründung weist Hupka darauf hin, daß, wenn die Simulationsabsicht nur dem Vertreter kundgegeben werde, dem Geschäftspartner gegenüber eine Mentalreservation vorliege. Hellwig, Rosenberg und Windscheid-Kipp erklären die Bedeutungslosigkeit der Simulation damit, daß durch die Vollmachtsbehauptung des Vertre-

1) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 132 f; Jehle, S. 83; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 388 f; Flume, Allg. Teil, S. 869; Kallimopoulos, S. 177.

2) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 130 f; Flume, Allg. Teil, S. 869; anderer Ansicht; Jehle, S. 80; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 389; von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 25.

3) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S. 131.

4) Die Vollmacht, S. 134 f.

5) S. 82.

6) § 167, Anm. 25.

7) So Hupka, Die Vollmacht, S. 131; Hellwig, Z郑 29, 527; Rosenberg, S. 751; Windscheid-Kipp, S. 383.

ters die interne Bevollmächtigung zu einer externen werde, Wenn der Vertreter mit Willen des Geschäftsherrn tätig werde, so gebe er die Bevollmächtigung als Bote des Vollmachtgebers an den Geschäftspartner weiter.

Der vorliegende Fall betrifft den Problemkreis, inwieweit die Nichtigkeit des Scheingeschäfts gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann. Die Verfasser des BGB. haben es ausdrücklich abgelehnt, den Dritten beim Scheingeschäft durch eine Spezialvorschrift zu schützen: "Zu einer so weit tragenden Fürsorge fehle es bei dem Scheingeschäft an einem inneren Grunde."¹⁾ Daher gewährt die h.M.²⁾ dem gutgläubigen Dritten beim Scheingeschäft nur Schutz nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 171 f; 405; 892 f; 932; 1155 BGB. Diese Begrenzung des Gutglaubensschutzes beim Scheingeschäft ist auch für die Bevollmächtigung verbindlich.³⁾ Bei der internen Bevollmächtigung, die nicht nach §§ 171, 172 BGB kundgegeben worden ist, genießt der gutgläubige Geschäftspartner daher keinen Schutz.

Die oben angeführte Ansicht, daß die interne Bevollmächtigung durch das Tätigwerden des Vertreters zu einer externen

-
- 1) So Protokolle, Bd.I, S.97. Nach dem österreichischen (§ 916 II ABGB) und dem französischen Recht (art.1321 CC) genießt dagegen der Dritte beim Scheingeschäft einen umfassenden Vertrauensschutz.
 - 2) Vergl.: Planck-Flad, § 117 Anm.1; von Tuhr, Bd.II, 1, S.561; Oertmann, ZHR 95, 447; von Staudinger-Coing, § 117, Anm.10; Soergel-Hefermehl, § 117, Anm.16; Enn.-Nipperdey, § 165 II 4; anderer Ansicht: Flume, Allg.Teil, S.410 ff.
 - 3) Vergl.: Motive, Bd.I, S.193: "Ist eine Vollmacht zum Schein erteilt, so kann der Dritte ungefährdet mit dem angeblichen Vertreter sich einlassen, sofern die Voraussetzungen der §§ 120 I bzw. 121 I - heute §§ 171 I, 172 I BGB - vorliegen".

Bevollmächtigung werde, baut nur auf einem fiktiven Parteiwillen auf und ist mit dem Postulat einer wirklichkeitsgetreuen Dogmatik nicht vereinbar.¹⁾ Sie scheitert aber auch an dem in § 172 BGB aufgestellten Erfordernis der Vorlage der Vollmachtsurkunde. Wenn in dem Auftreten im fremden Namen stets eine Übermittlung der internen Bevollmächtigung an den Geschäftspartner liegt, dann ist es unverständlich, warum nach § 172 BGB die Wirkung einer externen Bevollmächtigung nur eintritt, wenn die Vollmachtsurkunde dem Geschäftspartner vorgelegt wird.²⁾ Auf das Erfordernis der Vorlage der Urkunde kann auch beim Scheingeschäft, wie § 405 BGB zeigt, nicht verzichtet werden.³⁾ Die h.M.⁴⁾ sieht daher mit Recht die interne Bevollmächtigung nach § 117 I BGB als nichtig an, wenn der Vertreter mit ihrem Scheincharakter einverstanden ist.

d) Scherzerklärung

Eine nicht ernstlich gemeinte Bevollmächtigung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist gemäß § 118 BGB nichtig, unabhängig davon, ob sie dem Vertreter oder dem Geschäftspartner gegenüber abgegeben wurde.⁵⁾

1) Vergl.: Demelius, AcP 153, 25.

2) Vergl.: von Staudinger-Coing, § 117, Anm. 10 d. Nach RGZ 56, 68 kann der schriftliche Hinweis auf die Vollmachtsurkunde ihre Vorlage nicht ersetzen.

3) Erman-Westermann, § 405, Anm. 2.

4) OLG Hamm, SeuffA 61, 305; OLG Hamm, OLGE 28, 31; Jehle, S. 78; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 389; von Staudinger-Coing, § 117, Anm. 10 d und § 167, Anm. 25; Flume, Allg. Teil, S. 869; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm. 27.

5) Auch bei der internen Bevollmächtigung kann der Geschäftspartner vom Vollmachtgeber gemäß § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens verlangen, da der Vollmachtgeber durch die Scherzerklärung den Vertrauenstatbestand veranlaßt hat, vergl.: Jehle, S. 86; Flume, Allg. Teil, S. 869; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 166, Anm. 30.

e) Formnichtigkeit

In begrifflicher Überspannung der Trennung von Bevollmächtigung und Vertretergeschäft ordnet der BGB-Gesetzgeber in § 167 II BGB an, daß die Vollmachtserteilung nicht der für das Vertretergeschäft bestimmten Form bedarf. Hierbei hat er aber nicht ausreichend der Tatsache Rechnung getragen, daß durch die Formfreiheit der Bevollmächtigung vielfach der Zweck der für das Vertretergeschäft vorgeschriebenen Formvorschriften vereitelt werden kann. "Was das Gesetz in § 313 BGB gibt, nimmt es in § 167 II BGB wieder weg."¹⁾ Dieser zwischen der Formbedürftigkeit des Vertretergeschäfts nach § 313 BGB und der Formfreiheit der Bevollmächtigung nach § 167 II BGB bestehende immanente Wertungswiderspruch kann aber weder dadurch gelöst werden, daß man generell die Formvorschrift des § 313 BGB auf die Vollmacht zum Grundstücksverkauf überträgt,²⁾ noch ist es vertretbar, durch eine schematische Anwendung des § 167 II BGB die Schutzfunktion des § 313 BGB auszuschalten.³⁾ Es ist vielmehr eine differenzierende Lösung erforderlich, die den Schutzzweck des § 313 BGB zu dem Grad der in der Bevollmächtigung enthaltenen Interessene exponierung des Grundstückseigentümers in Beziehung setzt.⁴⁾ Um eine solche differenzierende Bewertung hat sich die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten mit Erfolg bemüht, indem sie Fallgruppen herausgearbeitet hat, in denen die Bevollmächtigung der Form des § 313 BGB bedarf. Bei dieser Gruppenbildung hat die Rechtsprechung nicht unmittelbar auf

1) So Müller-Freienfels, S.280.

2) So aber Flume, Allg. Teil, S.864.

3) So aber Gottschalk, IherJb 79, 212 ff; Albrecht, Hans GZ 1930, 267 ff.

4) Vergl.: Müller-Freienfels, S.282.

den Grad der in der Bevollmächtigung enthaltenen Interessenexponierung abgestellt, sondern sich an äußerlichen Merkmalen der Vollmachtserteilung orientiert, mit denen aber in der Regel eine bestimmte Interessengestaltung verbunden ist.

a. So ist nach der Rechtsprechung die Vollmachtserteilung zum Verkauf eines Grundstücks formbedürftig, wenn der Widerruf ausgeschlossen, zeitlich beschränkt oder mit Nachteilen für den Geschäftsherrn verbunden ist.¹⁾ Bei dem zeitlich befristeten bzw. mit Nachteilen für den Geschäftsherrn verbundenen Widerruf sollen aber zusätzlich stets die Umstände des Einzelfalls und der gesamte Inhalt und Zweck des Vertrags zu berücksichtigen sein.²⁾ Der eigentliche Grund für das Formerfordernis ist bei dieser Fallgruppe nicht die Unwiderruflichkeit der Vollmacht, sondern das mit der Unwiderruflichkeit typisch verbundene Eigeninteresse des Vertreters bzw. des Geschäftspartners.³⁾

b. Die Bevollmächtigung zum Grundstücksverkauf unterliegt in der Regel auch dann der Formvorschrift des § 313 BGB, wenn der Vertreter von dem Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB befreit ist.⁴⁾ Nach dem BGH⁵⁾ soll die Vollmachtserteilung unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB stets dann der notariellen Beurkundung bedürfen, wenn der Geschäftsherr sich durch die Bevollmächtigung bereits rechtlich binden wollte. Auf die dogmatische Unhalt-

1) Vergl.:RGZ 50,169;79,212;81,52;94,147;108,125;110,320; KG DR 1940,1947; OLG Koblenz,NJW 1949,224.

2) Vergl.:RG JW 1927,1140; RG JW 1930,1301,mit zustimmender Anmerkung von Walsmann; KG HRR 1934 Nr.2.

3) Vergl.:Müller-Freienfels,S.283.

4) Vergl.:RGZ 76,182; RG JW 1924,806; RG JW 1937,171;OLG Stuttgart DNotZ 50,166; OLG München DNotZ 1951,31.

5) BGH NJW 1952,1210 = LM § 313 BGB Nr.2.

barkeit dieses Kriteriums haben Müller-Freienfels¹⁾ und Flume²⁾ mit Recht hingewiesen. Die widerrufliche Bevollmächtigung kann als lediglich zuständigkeitseinräumendes Rechtsgeschäft noch keine rechtliche Bindung des Geschäftsherrn begründen. Für die Frage der Formbedürftigkeit der Vollmachtserteilung kommt es vielmehr allein darauf an, ob die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB den Belangen des Vollmachtgebers dienen soll, um ihm z.B. die Abwicklung des Grundstücksverkaufs zu erleichtern, oder ob durch die Ausschaltung der Beschränkung des § 181 BGB das Eigeninteresse des Vertreters gefördert werden soll.³⁾ Nur im letzteren Fall ist die Bevollmächtigung formbedürftig.

c. Schließlich muß die Bevollmächtigung zum Verkauf eines Grundstücks auch dann notariell beurkundet werden, wenn der Vertreter nach Absicht beider Parteien völlig den Weisungen des Grundstückserwerbers unterworfen sein soll.⁴⁾ Für eine solche Abhängigkeit reicht aber die Tatsache, daß der Vertreter Angestellter des Grundstückserwerbers ist, allein noch nicht aus.⁵⁾

Bei den oben angeführten drei Fallgruppen führt die Nichteinhaltung der notariellen Beurkundung entgegen der Regel des § 167 II BGB zur Nichtigkeit der Bevollmächtigung gemäß § 125,1 BGB. Die formnichtige unwiderrufliche Vollmacht kann nach h.M.⁶⁾ nicht gemäß §§ 139,140 BGB als formfreie widerrufliche Vollmacht aufrechterhalten werden. Auch

1) S.269 f.

2) Allg.Teil,S.863.

3) Vergl.:Müller-Freienfels,S.284.

4) RGZ 76,182;79,212;104,236;108,126; RG HRR 1937,1636.

5) RGZ 76,184.

6) Vergl.: RG Gruchot 68,538; Enn.-Nipperdey,§ 184 II,1; Müller-Freienfels,S.283; Erman-Westermann,§ 139,Anm.12 und § 140,Anm.5; Flume,Allg.Teil,S.597,864,882.

die wegen Befreiung von dem Verbot des § 181 BGB formnichtige Vollmacht kann nicht in eine Bevollmächtigung ohne Befreiungsklausel umgedeutet werden. Durch eine solche Aufrechterhaltung oder Umdeutung der Vollmacht würde nämlich die Schutzfunktion des § 313 BGB überspielt werden.¹⁾

Inwieweit aber der gutgläubige Dritte, der auf die formlos erteilte, jedoch formbedürftige Vollmacht vertraut, durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht geschützt wird, soll später noch umfassend erörtert werden.

f) Gesetzes- und Sittenwidrigkeit

Es ist zwar allgemein anerkannt, daß die Bevollmächtigung nach §§ 134, 138 BGB nichtig sein kann,²⁾ doch besteht keine Einigkeit darüber, nach welchem Maßstab die Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit der Bevollmächtigung zu beurteilen ist. Nach Rosenberg³⁾ ist für die Frage, ob die Bevollmächtigung nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist, allein das Ausführungsgeschäft maßgeblich, während andere Schriftsteller die Ansicht vertreten, daß der Nichtigkeitsgrund des zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter bestehenden Grundverhältnisses auch die Bevollmächtigung betreffen könne.⁴⁾ Der Meinungsstreit wird besonders deutlich bei dem schon angeführten Fall, daß der Bewucherte dem Wucherer eine Einziehungsvollmacht erteilt, mit deren Hilfe der Wucherer sich befriedigen soll. Nach Hupka⁵⁾ und Jacobi⁶⁾ ist die Einziehungsvollmacht sit-

1) Vergl.: Erman-Westermann, § 139, Anm. 12 und § 140, Anm. 5.

2) Vergl.: RGZ 52, 99; Hupka, Die Vollmacht, S. 155; Jehle, S. 8; Müller-Freienfels, S. 247, Anm. 11.

3) S. 747 f.

4) So Hupka, Die Vollmacht, S. 160; Flatau, Gruchot 52, 790; Jacobi, KrVJSchr 49, 116 f.; RGRK (Würdinger), vor §§ 48 ff HGB Anm. 12.

5) Die Vollmacht, S. 160.

6) KrVJSchr 49, 109.

tenwidrig, Isay¹⁾ und Rosenberg²⁾ dagegen halten die Vollmacht im Interesse des Dritten für gültig.

Eine sachgerechte Lösung der vorliegenden Problematik ist nur möglich, wenn zwischen der internen und der externen Bevollmächtigung differenziert wird. Bei der internen Bevollmächtigung wird die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit des Grundverhältnisses in der Regel auch die Bevollmächtigung ergreifen.³⁾ Eine Gefährdung des Dritten wird hierdurch nicht herbeigeführt, weil er durch die Gutgläubensvorschriften der §§ 171, 172 BGB geschützt wird.⁴⁾ Dieser Gutgläubensschutz ist auch ausreichend, da es - wenn die interne Bevollmächtigung nicht kundgegeben wurde - an einer Vertrauensgrundlage für den Dritten fehlt und ein Vertrauensschutz folglich nicht erforderlich ist.⁵⁾ Die dem Wucherer vom Bewucherten erteilte Einziehungsvollmacht ist daher, wenn sie lediglich intern erteilt wurde, nach § 138 BGB nichtig.

Anders aber verhält es sich bei der externen Bevollmächtigung. Durch die Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit des zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter bestehenden Grundverhältnisses wird die externe Bevollmächtigung nicht betroffen. Vielmehr ist bei ihr für die Beurteilung der Frage, ob die Bevollmächtigung gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist, allein das Vertretergeschäft maßgeblich. Die Bevollmächtigung zu einem Rechtsgeschäft, das einen Gesetzes- bzw. Sittenverstoß enthält, ist daher stets gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig.⁶⁾

1) Geschäftsführung, S. 227.

2) S. 748.

3) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 841 f.; Larenz, Allg. Teil, § 37 II.

4) Zu der Frage, inwieweit die Gutgläubensvorschriften einen ausreichenden Schutz der Drittinteressen gewähren, vergl. Westermann, DNotZ 1958, 269; Erman-Westermann, § 139, Anm. 10.

5) Vergl.: Flatau, Gruchot 72, 778; Wellspacher, S. 80.

6) Vergl.: Hupka, S. 160; Müller-Freienfels, S. 247, Anm. 11; Flume, Allg. Teil, S. 843.

Da die Einziehung der Forderung - um auf das obige Beispiel zurückzukommen - sittlich indifferent ist, kann die Sittenwidrigkeit des Grundverhältnisses die Bevollmächtigung nicht beeinflussen, wenn die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt wurde.

Nachdem aufgezeigt wurde, in welchen Fällen die Bevollmächtigung anfechtbar bzw. nichtig ist, soll nun eine kurze Darstellung der Lehre von der Anscheinsvollmacht folgen. Erst hiernach kann der Frage, ob sich aus einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht ergeben kann, näher getreten werden.

III.

Darstellung der Anscheinsvollmacht

1.

Geltungsgrund der Anscheinsvollmacht

Während das Gesetz dem guten Glauben an das Eigentum in den §§ 892 f, 932 ff BGB einen umfassenden Schutz zukommen läßt, hat es das Vertrauen auf die Vollmacht nur in einigen Spezialvorschriften berücksichtigt, so in den §§ 170 ff, 370 BGB und § 56 HGB. Diesen begrenzten Gutglaubensschutz begründen die Motive¹⁾ wie folgt: "Der Schutz des guten Glaubens ist kein allgemeines Rechtsprinzip, sondern eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen, die nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie durch dringende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit geboten wird. Anlaß, dem Dritten zu Hülfe zu kommen, liegt nur vor, wenn er für sein Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht einen besonderen Anhalt hatte. Ein derartiger Anhalt ist geboten, wenn die Erteilung der Vollmacht an den Bevollmächtigten dem Dritten durch den Vollmachtgeber besonders kundgegeben worden ist, sonst nicht." Der Gesetzgeber lehnte also einen weitergehenden Gutglaubensschutz im Vertretungsrecht ab, weil er meinte, daß "dringende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit" dies nicht erforderten. Bei dieser Interessenbewertung ging der Gesetzgeber von einer Wirtschaftsstruktur aus, die mit unserer heutigen nicht mehr vergleichbar ist. Er orientierte sich, wie besonders § 56 HGB zeigt, am kleinstädtischen Einzelhandelsgeschäft, das aber für die heutige, vom Großbetrieb geprägte arbeitsteilige Wirtschaftsorganisation nicht mehr charakteristisch ist.²⁾ Durch die neuzeitliche Wirtschaftsorganisation ist das Be-

1) Bd. I, S. 236.

2) Vergl.: Fabricius, JuS 1966, 6.

dürfnis nach Einschaltung von Vertretern stark gewachsen und die direkte Stellvertretung für den Geschäftsverkehr unentbehrlich geworden.¹⁾ Mit der zunehmenden Bedeutung der direkten Stellvertretung wurde aber auch offenbar, daß ohne einen umfassenden Schutz des Geschäftspartners das Rechtsinstitut der Stellvertretung im modernen Wirtschaftsverkehr nicht voll funktionsfähig ist. Der Geschäftspartner kann nämlich häufig nicht erkennen, ob der Vertreter tatsächlich bevollmächtigt ist, und muß sich daher auf den Schein der Vollmacht verlassen können,²⁾ zumal das Verlangen nach einer Vollmachtsurkunde oder die Rückfrage beim Geschäftsherrn vielfach die gebotene rasche Abwicklung von Rechtsgeschäften erschweren würde.³⁾

Aus diesem Grunde wurde durch die Rechtsprechung⁴⁾ im Wege der Rechtsfortbildung die Anscheinsvollmacht entwickelt, um ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Rechtssicherheit zu befriedigen.⁵⁾ Nach dieser Rechtsprechung liegt eine Anscheinsvollmacht vor, wenn der Geschäftsherr das Auftreten seines angeblichen Vertreters zwar nicht kannte, es aber bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der Geschäftspartner das Verhalten des Geschäftsherrn nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung deuten durfte.⁶⁾ Da die Rechtsprechung zur An-

1) Vergl.: Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Kap. I, § 11; Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 42; Müller-Freienfels, S. 53; Enn.-Nipperdey, § 178 I.

2) Vergl.: Westermann, JuS 1963, 5.

3) So BGH NJW 1958, 2062.

4) Aus der Fülle der Entscheidungen vergl.: RGZ 65, 295; 100, 49; RG WarnRspr 1923/24 Nr. 157; RG JW 1927, 1249; RGZ 117, 164; RG HRR 1931 Nr. 529; RGZ 138, 265; 145, 158; 170, 284; BGHZ 5, 112; BGH MDR 1953, 345; BGH NJW 1954, 460; NJW 1958, 2062; NJW 1962, 1003; NJW 1966, 1915.

5) Zur Kompetenz der Gerichte zur Rechtsfortbildung vergl.: Larenz, Methodenlehre, S. 303 ff; Stein, NJW 1964, 1745 ff; Larenz, NJW 1965, 1 ff.

6) Vergl. die Nachweise in Anm. 4.

scheinsvollmacht sich bereits über Jahrzehnte erstreckt und im Schrifttum¹⁾ im Ergebnis - wenn auch nicht in der dogmatischen Begründung - allgemein Zustimmung gefunden hat, wird ihr von der h.M.²⁾ gewohnheitsrechtliche Geltung zuerkannt.³⁾

Flume⁴⁾, der die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht entschieden ablehnt, vertritt dagegen die Ansicht, daß in den bisher entschiedenen Fällen in Wirklichkeit eine Duldungs-

-
- 1) Das Schrifttum zur Anscheinsvollmacht ist fast kaum noch überschaubar. Es sollen daher nur die wichtigsten Abhandlungen in zeitlicher Reihenfolge genannt werden: Rümelin, AcP 93, 293 ff; von Seeler, Arch BR 28, 1 ff; Wellspacher, S. 79 ff; Heymann, RG-Festschrift, Bd. IV, S. 325 ff; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 590 ff; Krause, S. 22 ff; Macris, Arbeiten zum Handels-Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 83; Fikentscher, AcP 154, 1 ff; Fabricius, JuS 1966, 1 ff; von den Kommentaren und Lehrbüchern vergl.: von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 9; von Staudinger-Weber, § 242, Anm. 203; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 17; Kuhn im RGRK, § 167, Anm. 2; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167, Anm. 4; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 47; Würdinger in Großkomm. HGB, § 54, Anm. 12; Schlegelberger-Hildebrandt, § 54 HGB, Anm. 9; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm. 27 ff; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 c; Lehmann-Hübner, § 36 V 2a; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV b.
 - 2) Vergl.: Heymann, S. 327; Stoll, AcP 135, 112; Macris, S. 6, 205; Fikentscher, AcP 154, 2 Anm. 3; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm. 33; Wieacker, Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 283, führt unter Hinweis auf Art. 1 III Schw ZGB aus: "Der Ausbau der Anscheinsvollmacht ist durch Gerichtsgebrauch und bewährte Überlieferung gedeckt".
 - 3) Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen aus einer konstanten Rechtsprechung Gewohnheitsrecht entstehen kann, vergl.: Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 163; Larenz, Methodenlehre, S. 271 f; kritisch hierzu neuerdings Esser, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 95 ff; Esser unterscheidet scharf zwischen Richterrecht und Gewohnheitsrecht. Die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entstandenen Institutionen seien gewachsenes Gesetzesrecht, und es sei unmöglich, sie mit den Kategorien des Gewohnheitsrechts zu messen, vergl. S. 118 ff.
 - 4) Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 180 ff; Allg. Teil, S. 832 ff.

vollmacht vorgelegen habe, und führt aus:¹⁾ "Die in der Literatur und Rechtsprechung vertretene Begründung der Lehre von der Schein- oder Anscheinsvollmacht als einer in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur ist beispielhaft dafür, wie notwendig es ist, die entschiedenen Fälle als Ansatzpunkt der Analyse des Rechtszustands und der Rechtsentwicklung zu nehmen".

Folgt man dieser Anregung Flumes und überprüft die reichsgerichtliche Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt, so zeigt es sich, daß das Reichsgericht keine scharfe Trennungslinie zwischen stillschweigender Duldungsvollmacht und Anscheinsvollmacht gezogen hat, sondern in beiden Fällen die Gedanken von Treu und Glauben, Rechtsschein, stillschweigender Willenserklärung und fingierter Willenserklärung nebeneinander verwendet.²⁾ Eine Analyse der Rechtsprechung ergibt aber auch, daß die These Flumes, in den bisher entschiedenen Fällen habe stets eine stillschweigende Bevollmächtigung vorgelegen, nicht haltbar ist. Dies soll im folgenden an einigen Reichsgerichtsentscheidungen demonstriert werden:

In der in Warnspr 18,226 abgedruckten Entscheidung hatte der Leiter und der Buchhalter einer Stadtparkasse einem Kunden einen Kredit gewährt, obwohl nach der Satzung nur der aus 5 Mitgliedern bestehende Vorstand zur Kreditgewährung berechtigt war. Das OLG Hamm hatte als Berufungsinstanz eine stillschweigende Bevollmächtigung verneint, weil nach seinen Feststellungen der Vorstand von der Kreditgewährung keine Kenntnis hatte. Das Reichsgericht hob aber die OLG-Entscheidung mit der Begründung auf: "Es besteht die Möglichkeit,

1) Allg. Teil, S. 833 f.

2) Vergl.: RGZ 65, 295; 100, 49; RG Warnspr 1923/24, Nr. 157; RG JW 1927, 1249; RGZ 117, 164; RG HRR 1931, Nr. 529.

daß das Berufungsgericht ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtwissen des Vorstandes rechtsirrtümlich für unerheblich erachtet und demgemäß unterlassen hat, den Sachverhalt nach dieser Richtung hin aufzuklären und zu würdigen." Wenn das Reichsgericht nur die Duldungsvollmacht anerkannt hätte, wäre eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht nicht erforderlich gewesen.

In dem der Entscheidung SeuffA 84,229 zugrunde liegenden Fall war der Schwiegersohn des Beklagten trotz Widerrufs der nur intern erteilten Handlungsvollmacht weiterhin nach außen als Handlungsbevollmächtigter aufgetreten. Ob der Beklagte von diesem Auftreten seines Schwiegersohns Kenntnis hatte, wird vom Reichsgericht offen gelassen, da es allein darauf ankomme, ob das Verhalten des Beklagten von der Klägerin nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Bevollmächtigung gedeutet werden durfte.

Auch der Entscheidung HRR 1931 Nr.529 liegt keine Duldungsvollmacht zugrunde.¹⁾ Hier hatte ein Stadtreisender ohne Wissen der Klägerin jahrelang Geld bei der Beklagten kassiert, obwohl er keine Inkassovollmacht besaß. Das Geld behielt der Stadtreisende für sich. Von dieser fortgesetzten Unterschlagung erhielt die Klägerin jedoch keine Kenntnis, da ihr Buchhalter zur Verdeckung von Veruntreuungen die streitigen Schuldposten als erledigt verbucht hatte. Das Reichsgericht sah in dem Unterlassen der Mahnungen einen ausreichenden Vertrauenstatbestand und bejahte eine Anscheinsvollmacht, obwohl die Rechnungen der Klägerin den Aufdruck enthielten, daß Stadtreisende zur Empfangnahme von Zahlungen nicht berechtigt seien.

1) Dies gilt auch für die Entscheidungen RGZ 117,164 und RG SeuffA 82,21; vergl. auch OLG Stettin in OLGE 13,328.

Die angeführten Entscheidungen zeigen also deutlich, daß der Ansicht Flumes, in den bisher entschiedenen Fällen habe stets eine Duldungsvollmacht vorgelegen und für das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht bestehe daher kein Bedürfnis, nicht gefolgt werden kann. Die Notwendigkeit der Anscheinsvollmacht ergibt sich auch daraus, daß die Bedürfnisse des neuzeitlichen Wirtschaftsverkehrs in fast allen westlichen Staaten zu ähnlichen Lösungen geführt haben, die nur in den dogmatischen Grundlagen voneinander abweichen.¹⁾

Der Hinweis auf die gewohnheitsrechtliche Geltung der Anscheinsvollmacht kann aber wegen seines positivistischen Charakters nicht befriedigen, denn er gibt keine Antwort auf die Frage, was die Verpflichtung des Geschäftsherrn innerlich rechtfertigt.²⁾ Da bei der Anscheinsvollmacht die subjektiven Voraussetzungen einer Willenserklärung völlig fehlen, scheidet die Privatautonomie und damit die Rechtsgeschäftslehre als Zurechnungskategorie aus. Trotzdem aber ist die Behauptung Flumes³⁾ nicht berechtigt, die Anscheinsvollmacht verstoße gegen das Prinzip der Privatautonomie. Die Privatautonomie stellt nämlich nicht das alleinige und ausschließliche Ordnungsprinzip unseres Privatrechts dar. Vielmehr wird sie durch den Grundsatz von Treu und Glauben und das

-
- 1) Rechtsvergleichend zur Anscheinsvollmacht: Kropholler, NJW 1965, 1641 ff; Macris, S.233 ff; Böcker hat in seiner Dissertation über "Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis im anglo-amerikanischen Recht" nachgewiesen, daß die Voraussetzungen der sogenannten "apparent authority" und der Anscheinsvollmacht trotz des verschiedenen dogmatischen Ausgangspunktes nahezu gleich sind.
 - 2) Vergl.: Esser, Grundsatz und Norm, S.39 ff, 93 ff, 132 ff.
 - 3) Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S.181; Allg.Teil, S.834.

Vertrauensprinzip mannigfach ergänzt und beschränkt.

Auf Grund dieses Erkenntnis ist von der modernen Privatrechtsdogmatik¹⁾ das Zurechnungsprinzip der Vertrauenshaftung entwickelt worden. Danach kann derjenige, der zurechenbar einen Vertrauenstatbestand veranlaßt hat, sich unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber gutgläubigen Dritten nicht auf das Fehlen eines Rechtsfolgewillens berufen. Haftungsgrundlage ist hier nicht eine stillschweigende Willenserklärung, sondern der Vertrauensgrundsatz.

Auch die Anscheinsvollmacht wird heute allgemein²⁾ als ein typischer Fall der Vertrauenshaftung angesehen. Durch sie wird der gutgläubige Dritte, der sich auf den Rechtschein der Bevollmächtigung verläßt, in seinem Vertrauen geschützt. Ihre Rechtsfolgen treten nicht kraft privatautonomer Gestaltung ein, sondern werden dem Geschäftsherrn kraft Gesetzes auferlegt, weil er zurechenbar einen Vertrauenstatbestand veranlaßt hat. Geltungsgrund der Anscheinsvollmacht ist also das Vertrauensprinzip.

2. Abgrenzung von der Duldungsvollmacht

Für die Beantwortung der Frage, ob sich aus einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht ergeben kann, ist es unerlässlich, die Duldungsvollmacht von

1) Grundlegend von Staudinger-Coing, vor §§ 104 ff, Anm. 76; vor §§ 116 ff Anm. 3 e und f; Ballerstedt, AcP 151, 507 f; Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 385 ff; Diederichsen, JuS 1966, 135 ff.

2) BGH NJW 1954, 460; NJW 1962, 1003; LAG Düsseldorf BB 1961, 132; von Staudinger-Coing, vor §§ 104 ff Anm. 76; vor §§ 116 ff Anm. 3 f; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 23; Kuhn im RGRK, § 167 Anm. 6; anderer Ansicht: Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 650; "Der als Scheinvollmacht erfaßte Tatbestand ist an sich im Gebiet der Willenserklärung durchaus heimatberechtigt".

der Anscheinsvollmacht abzugrenzen. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁾ liegt eine Duldungsvollmacht vor, wenn der Geschäftsherr das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftspartner nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden darf, daß der Vertreter vom Geschäftsherrn Vollmacht erhalten hat. Während der BGH anfänglich²⁾ die Duldungsvollmacht als einen Fall stillschweigender Vollmachtserteilung ansah, unterscheidet er neuerdings scharf zwischen stillschweigender Bevollmächtigung und Duldungsvollmacht.³⁾ Von einer stillschweigenden Bevollmächtigung könne nämlich nur dann gesprochen werden, wenn der Geschäftsherr den Willen habe, Vollmacht zu erteilen; für die Duldungsvollmacht reiche es dagegen aus, daß der Geschäftsherr das Auftreten des Vertreters dulde und der Geschäftspartner diese Duldung nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung deuten dürfe.⁴⁾ Der BGH geht also neuerdings davon aus, daß die Rechtsfolgen der Duldungsvollmacht nicht kraft privatautonomer Gestaltung eintreten, sondern ebenso wie bei der Anscheinsvollmacht auf dem Rechtsscheinsprinzip beruhen. Der Unterschied zur Anscheinsvollmacht soll nur darin bestehen, daß bei der Duldungsvollmacht der Geschäftsherr das Verhalten des Vertreters kennt und duldet. Damit nähert sich der BGH wieder der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die zwi-

1) Vergl. die Leitentscheidung BGH MDR 1953,345.

2) So BGH MDR 1953,345; BGH LM § 164 Nr.9; NJW 1956,460; WM 1957, 926; vergl. auch OLG Köln JR 1965, 388.

3) So BGH LM § 167,Nr.10 und Nr.13; LM § 164,Nr.24; NJW 1966, 1915. In seiner Entscheidung vom 5.11.1964 (VersR 1965, 135) hat dagegen der 7.Zivilsenat es ausdrücklich offen gelassen, ob es sich bei der Duldungsvollmacht um eine stillschweigende Bevollmächtigung handelt oder ob sie ebenso wie die Anscheinsvollmacht "nur insoweit anzuerkennen ist, als es im Interesse des Vertrauensschutzes für Dritte erforderlich ist".

4) Vergl.: BGH LM § 167,Nr.10 u.13; NJW 1966,1915.

schen Duldungs- und Anscheinsvollmacht nicht differenzierte.

Im heutigen Schrifttum wird dagegen die Duldungsvollmacht überwiegend als stillschweigende Bevollmächtigung angesehen,¹⁾ wobei streitig ist, ob sie als interne²⁾ oder als externe Bevollmächtigung³⁾ einzuordnen ist. Es wird aber auch die Meinung vertreten, daß die Duldungsvollmacht der gesetzlichen Rechtsscheinhaftung zuzurechnen sei.⁴⁾ So soll z.B. nach Canaris⁵⁾ die Duldungsvollmacht einen "Unterfall einer allgemeinen Einstandspflicht für die bewußte Schaffung eines Scheintatbestandes" darstellen.

Die Ansicht des BGH,⁶⁾ daß der Duldungsvollmacht neben der stillschweigenden Bevollmächtigung und der Anscheinsvollmacht selbständige Bedeutung zukomme, ist im Schrifttum⁷⁾ mit Recht auf Ablehnung gestoßen. Vor allem Schultze-

-
- 1) Vergl.: von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 9 d; Neumann-Duesberg, S. 267 f; Enn.-Nipperdey, § 184 II 2a; Lehmann-Hübner, § 36 V 21; Flume, Allg. Teil, S. 829 ff; Westermann, JuS 1963, 5. Wenn nach Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Anm. 4, wesentliches und grob fahrlässiges Dulden den Tatbestand der Duldungsvollmacht erfüllen soll, so übernimmt er die dogmatisch nicht befriedigende Kategorie der fahrlässigen Willenserklärung, mit der bereits Manigh die Fälle der Anscheinsvollmacht zu lösen versuchte, vergl.: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 638 ff.
 - 2) So Jehle, S. 15; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 394 f; Heinsheimer-Geiler, S. 45; Albrecht, S. 19.
 - 3) So Hupka, S. 120 f; Staub-Bondi, § 54 HGB Anm. 5 und 6; Würdinger in Großkomm. HGB, § 54, Anm. 12; Böcker, S. 74.
 - 4) Vergl.: Lange, § 46 V 4a; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167 Anm. 21; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV b; Kuhn im RGRK, § 167 Anm. 2 und 4; bei der Duldungsvollmacht müsse der Geschäftsherr den Rechtsschein hervorrufen, während für die Anscheinsvollmacht der nur vom Vertreter erzeugte Rechtsschein ausreiche. Nach Fabricius, JuS 1966, 57, soll sich die Duldungsvollmacht von der Anscheinsvollmacht nur in dem Grad des Verschuldens unterscheiden, ähnlich auch Kropholler, NJW 1965, 1642.
 - 5) NJW 1966, 2350.
 - 6) Vergl. S. 77, Anm. 3 d. Arb.
 - 7) Vergl. die Nachweise in Anm. 1, 4 und 5.

von Lasaulx¹⁾ hat überzeugend darauf hingewiesen, daß die Verselbständigung der Duldungsvollmacht der dogmatischen Berechtigung entbehre, da ihr kein eigenständiges Haftungsprinzip zugrunde liege. Die Duldungsvollmacht könne nur ein Unterfall der stillschweigenden Bevollmächtigung oder der Vollmacht kraft Rechtsscheins sein.²⁾ Neben der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht und der Rechtsscheinsvollmacht gibt es für eine dritte Sondergruppe der Duldungsvollmacht keinen Raum. Diese muß daher der Zurechnungskategorie der Privatautonomie oder der Vertrauenshaftung zugeordnet werden.

Da dem Zurechnungsprinzip der Vertrauenshaftung gegenüber dem Prinzip der Privatautonomie nur eine ergänzende und berichtigende Funktion zukommt,³⁾ soll zunächst untersucht werden, ob die Duldungsvollmacht die gesetzlichen Voraussetzungen der Willenserklärung erfüllt. Fraglich sind nur die subjektiven Voraussetzungen, denn der objektive Erklärungstatbestand der Bevollmächtigung liegt sogar bei der Anscheinsvollmacht vor. Während Fabricius⁴⁾ bereits das Erklärungsbewußtsein verneint, soll nach anderer Ansicht⁵⁾ bei der Duldungsvollmacht häufig der Rechtsfolgewille fehlen. Hierbei wird aber die Vorschrift des § 116,1 BGB übersehen, die nicht nur auf ausdrückliche, sondern auch auf konkludente Willenserklärungen Anwendung findet.⁶⁾ Wer längere

1) Soergel-Siebert, § 167 Anm.17 ff.

2) So auch Kropholler, NJW 1965, 1641 f.

3) Vergl.: Coing, Festschrift für Dölle, S.32; Diederichsen, JuS 1966, 135 f.

4) JuS 1966, 56.

5) So Schloßmann, S.421; Kuhn im RGRK, § 167, Anm.2; Kropholler, NJW 1965, 1642; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm.21.

6) Vergl. statt aller: Erman-Westermann, § 116, Anm.1.

Zeit duldet, daß ein anderer fortgesetzt als sein Vertreter auftritt, und die von diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten läßt, erteilt dadurch in Selbstbestimmung Vertretungsmacht. Wenn der Geschäftsherr dem Vertreter ein weiteres Handeln nicht ausdrücklich untersagt, ist sein entgegenstehender Wille nach § 116,1 BGB unbeachtlich.¹⁾ Die Duldungsvollmacht gehört daher als rechtsgeschäftliches Handeln dem Bereich der Privatautonomie an.

Diese Einordnung reicht aber noch nicht aus, da es - wie wir gesehen haben - für die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit der Bevollmächtigung entscheidend darauf ankommt, ob die Vollmacht intern oder extern erteilt wurde. Es muß daher noch der Adressat der Duldungsvollmacht bestimmt werden. Adressat der Bevollmächtigung kann der Vertreter, der Geschäftspartner und nach h.M.²⁾ auch die Öffentlichkeit sein. Eine Bevollmächtigung durch Erklärung an die Öffentlichkeit scheidet von vornherein aus, da diese nur ausdrücklich erfolgen kann, bei der Duldungsvollmacht jedoch lediglich ein Unterlassen des Geschäftsherrn vorliegt.³⁾ Die Duldungsvollmacht könnte aber eine externe Bevollmächtigung darstellen. Eine Außenvollmacht setzt voraus, daß der Geschäftspartner das Dulden des Geschäftsherrn als an ihn gerichtete Bevollmächtigung deuten darf. Eine solche Deutung ist aber bei der Duldungsvollmacht im Regelfall nicht möglich, da der dem Geschäftspartner ersichtliche Erklärungstatbestand nur auf

1) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S.120; Gottsman, S.5.

2) Vergl. die Nachweise in Anm.2, S.39 d.Arb.

3) Krause, S.140 f; Fabricius, JuS 1966, 56.

eine bereits erteilte Innenvollmacht hinweist. Aus dem Dulden des Geschäftsherrn schließt der Geschäftspartner nicht auf eine an ihn gerichtete Bevollmächtigung, sondern auf eine früher einmal dem Vertreter gegenüber erteilte Vollmacht.¹⁾ Der Duldungsvollmacht fehlt daher schon der objektive Erklärungsstatbestand einer Außenvollmacht.

Wenn Flume²⁾ dagegen die Duldungsvollmacht als externe Bevollmächtigung auffaßt, trotzdem aber bei ihr die Schutzvorschrift des § 170 BGB nicht anwenden will, so ist dies inkonsequent.³⁾ Wie eine ausdrücklich erteilte Innenvollmacht nicht dadurch zu einer Außenvollmacht wird, daß der Vertreter über einen längeren Zeitraum für den Vollmachtgeber handelt, so kann auch aus dem Dulden des Geschäftsherrn keine externe Bevollmächtigung entstehen.

Da sich das Dulden im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter verwirklicht, ist die Duldungsvollmacht mit von Tuhr⁴⁾ als interne Bevollmächtigung anzusehen. Aus dem Dulden folgert der Vertreter, daß der Geschäftsherr mit seinem Handeln einverstanden ist, ihm also Vollmacht erteilt. Diese Schlußfolgerung ist dem Vertreter aber nicht möglich, wenn der Vollmachtgeber ihm weitere Geschäftsabschlüsse ernstlich untersagt. In diesem Fall kann von einer Duldungsvollmacht nicht mehr gesprochen werden, auch wenn der Geschäftspartner von dem Verbot des Vollmachtgebers keine Kenntnis hat und weiterhin der Ansicht ist, daß der Ver-

1) Vergl.: Rümelin, AcP 93, 300 f; Wellspacher, S. 97; Schmidt-Rimpler, JW 1927, 1250; Krause, S. 139 f; Macris, S. 60; Canaris, NJW 1966, 2350.

2) Allg. Teil, S. 859.

3) Die Ausführungen Flumes sind indes widersprüchlich. Auf S. 828 spricht er sich nämlich beiläufig für die Anwendbarkeit des § 173 BGB auf die Duldungsvollmacht aus.

4) Bd. II, 2, S. 394.

treter bevollmächtigt sei.¹⁾ Trotz des Verbots des Geschäftsherrn kann jedoch eine Anscheinsvollmacht bestehen bleiben, da die Wirkung des Rechtsscheins nicht schon dann endet, wenn der Geschäftsherr sein Rechtsschein erzeugendes Verhalten aufgibt, sondern erst dann, wenn der Geschäftspartner hiervon Kenntnis erhält bzw. bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt Kenntnis haben mußte.²⁾

Eine rechtsgeschäftliche Duldungsvollmacht liegt daher vor, wenn der Geschäftsherr das fortgesetzte Handeln des Vertreters kennt und duldet. Da die Duldungsvollmacht eine interne Bevollmächtigung darstellt, ist es nicht erforderlich, daß der Geschäftspartner das Dulden nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung deuten durfte. Hierauf hat bereits Coing³⁾ aufmerksam gemacht. Die Duldungsvollmacht dient daher vornehmlich den Interessen des Vertreters.⁴⁾ Sie verhindert, daß der Vertreter, der auf Grund des Duldungstatbestandes auf das Einverständnis seines Geschäftsherrn vertraut, vom Geschäftspartner aus § 179 BGB in Anspruch genommen werden kann. Die Kenntnis des Geschäftspartners vom Dulden des Vertretenen ist nur für die Frage relevant, ob aus einer angefochtenen bzw. widerrufenen Duldungsvollmacht eine Anscheinsvollmacht entstehen kann.

3.

Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht sind von der Rechtsprechung verhältnismäßig klar umrissen worden. Sie bestehen aus objektiven und subjektiven Merkmalen:

-
- 1) So auch BGH LM § 167 Nr.10 = MDR 1961,592, obwohl er zwischen Duldungsvollmacht und stillschweigender Bevollmächtigung unterscheidet.
 - 2) Vergl.: BGHZ 17,13,ff.
 - 3) von Staudinger-Coing, § 167 Anm. 9 d und e; vergl. auch RGRK-Kuhn, § 167 Anm.2.
 - 4) Vergl.: Bruck-Möller, § 45 VVG Anm.31.

a) Objektiver Vertrauenstatbestand

Da es sich bei der Anscheinsvollmacht um einen Fall des Gutgläubensschutzes handelt, wird der Geschäftspartner durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht nur dann geschützt, wenn ein objektiver Vertrauenstatbestand vorliegt, aus dem der Geschäftspartner auf eine Bevollmächtigung des Vertreters schließen darf. Relevanter Rechtsschein verlangt nämlich nach der Systematik des BGB stets eine bestimmte Rechtscheinsposition.¹⁾

Das BGB gewährt dem Dritten nur dann Schutz, wenn sein Vertrauen sich auf einen objektiven Anhaltspunkt stützt. Die Anscheinsvollmacht unterscheidet sich aber dadurch von den gesetzlich geregelten Rechtsscheinsfällen, daß bei ihr der Vertrauenstatbestand nicht durch eine bestimmte Rechtsinstitution gesetzlich typisiert ist, sondern sehr unterschiedlicher Art sein kann. Rechtsscheinsgrundlage kann jeder Tatbestand sein, der nach der Verkehrsanschauung einen hinreichenden Anschein für das Vorliegen einer Vollmacht begründet.²⁾ Bei der Prüfung der Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht ist daher die Feststellung des objektiven Vertrauenstatbestandes von erheblicher Bedeutung.

Die Rechtsprechung hat ihn in der Regel darin gesehen, daß der Vertreter über einen längeren Zeitraum für den Geschäftsherrn handelt, da nur bei einem wiederholten Handeln der Geschäftspartner auf eine Bevollmächtigung schließen dürfte.³⁾ Es ist aber nicht erforderlich, daß die wiederholten Geschäftsabschlüsse des Vertreters mit demjenigen Dritten

1) Vergl.: Motive Bd.I, S.236; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.601; Westermann, JuS 1963, 2.

2) Ähnlich Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S.89 f., für den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen.

3) So RG SeuffA 90,56; WarnRspr 22,35; RGZ 117,164; 162,147; OLG Kassel, SeuffA 48,70; BGH MDR 1953,345; NJW 1954,460; MDR 1955,213; NJW 1956,1673.

stattgefunden haben, der sich auf den Rechtsschein der Vollmacht beruft. Im Schrifttum¹⁾ wird dem Erfordernis des mehrfachen Handelns des Vertreters im allgemeinen zugestimmt.

Wenn Albrecht²⁾ hiergegen einwendet, es sei nicht ersichtlich, welche gesetzliche Vorschrift diese Voraussetzung anordne, so verkennt sie, daß die Anscheinsvollmacht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelt wurde und eine für das Recht der Stellvertretung spezifische Rechtsscheinsinstitution dem BGB unbekannt ist. Ihr weiteres Argument, es gebe keinen Rechtssatz des Inhalts, daß ein Nichtberechtigter zum Berechtigten werde, wenn er mehrfach ohne entsprechende Rechtsmacht handle, ist ebenfalls unzutreffend. Das wiederholte Handeln des Vertreters ist nämlich nur insoweit relevant, als es unter Umständen einen hinreichenden Vertrauenstatbestand für die Anscheinsvollmacht begründet. Der hierdurch erzeugte Vertrauenstatbestand ist aber nur eine der Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht, so daß die relative Berechtigung des Scheinvertreters nicht als eine Folge des mehrfachen vollmachtslosen Auftretens angesehen werden kann.

Das Erfordernis des mehrmaligen Handelns des Vertreters wird vom Bundesgerichtshof mit Recht nur "in der Regel" verlangt.³⁾ Denn auch ein einmaliges vollmachtsloses Handeln kann im Zusammenwirken mit anderen Anhaltspunkten den Rechtsschein der Bevollmächtigung ergeben.⁴⁾ Solche zusätzlichen

1) Vergl.: Macris, S. 24; Würdinger in Großkomm. HGB, § 54 Anm. 12; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167, Anm. 4; Westermann, JuS 1963, 6; Fabricius, JuS 1966, 56 f.

2) S. 73.

3) So BGH NJW 1956, 1673; MDR 1953, 345; MDR 1955, 213.

4) Vergl. LG Oldenburg, MDR 1959, 37; OLG Nürnberg, bei Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bau-Ausführung 2.212 Bl. 11; OLG Stuttgart, NJW 1966, 1461 f.; von Staudinger-Weber, § 242, Anm. A 210.

Anhaltspunkte können z.B. sein die Innehabung von Sachmitteln, die für ein Vertretungsverhältnis typisch sind,¹⁾ die Verwendung von Firmenbriefbogen²⁾ bzw. die Benutzung von Firmenstempeln.³⁾

Nach übereinstimmender Ansicht⁴⁾ reicht aber das Vertrauen auf die Angaben des Vertreters, mag dieser auch als besonders zuverlässig und gewissenhaft gelten, zur Begründung einer Anscheinsvollmacht nicht aus, da insoweit der Dritte durch § 179 BGB geschützt wird.

Bei der Prüfung des Vertrauenstatbestandes muß auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden, Umstände aus späterer Zeit können nicht zur Beurteilung einer Anscheinsvollmacht herangezogen werden, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Genehmigung des von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrags Berücksichtigung finden.⁵⁾ An diesen Grundsatz, der unmittelbar aus dem Prinzip der Vertrauenshaftung abgeleitet werden kann, hat sich aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht stets gehalten.⁶⁾

1) Vergl.: KG in JW 1929, 2831 mit Anmerkung von Riezler: ein Autoschlosser hatte nach der Reparatur eines Taxis eine Probefahrt gemacht, unterwegs einen Fahrgast gegen Entgelt aufgenommen und war anschließend verunglückt. Das KG bejahte eine Anscheinsvollmacht und damit die Haftung des Taxihalters auf Grund eines Beförderungsvertrags.

2) RG SeuffA 82, 21.

3) OLG Hamburg, BB 1964, 576.

4) Vergl.: RGZ 43, 193; WarnRspr 6, 165; RG Recht 1924, Nr. 568; BGH MDR 1955, 214; Hupka, Die Vollmacht, S. 420 f., 430; H. H. Meyer, S. 12; Macris, S. 3; Pohle, MDR 1958, 84; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm. 35.

5) So BGH MDR 1958, 83 mit zustimmender Anmerkung von Pohle; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 c; Soergel-Schultze-von La-saulx, § 167 Anm. 27. Während noch BGH MDR 1958, 83 für die stillschweigende Genehmigung stets einen entsprechenden Geschäftswillen verlangte, muß nach der jetzigen BGH-Rechtsprechung (WM 1964, 225) der Geschäftsherr auch ohne Genehmigungswillen sein Schweigen wie eine stillschweigende Genehmigung gegen sich gelten lassen, "wenn der Grundsatz des Vertrauensschutzes das erfordert". Zum Problemkreis der stillschweigenden Genehmigung vergl. Philipowski, BB 1964, 1069 ff.

6) Vergl.: BGH NJW 1956, 1673; LM § 167 Nr. 13; VersR 1965, 135.

b) Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes

Das Vorliegen des objektiven Vertrauenstatbestandes reicht aber zur Begründung der Anscheinsvollmacht allein noch nicht aus, sondern es ist außerdem erforderlich, daß der Geschäftsherr den Vertrauenstatbestand veranlaßt hat.¹⁾ Die entgegengesetzte Ansicht von Kuhn²⁾, der bei der Anscheinsvollmacht allein auf den vom Vertreter erzeugten Rechtsschein abstellen will, während er für die Duldungsvollmacht einen vom Geschäftsherrn veranlaßten Rechtsschein fordert, beachtet nicht, daß im Rahmen des Veranlassungsprinzips stets nur der vom Berechtigten veranlaßte Rechtsschein relevant sein kann.³⁾ Daher kann der Rechtsschein der Bevollmächtigung nur dann Vertretungswirkung auslösen, wenn er von einer Person hervorgerufen wurde, die in der Lage war, eine wirksame Vollmacht zu erteilen.⁴⁾

Das tatbestandsbegründende Verhalten des Geschäftsherrn wird in der Regel darin bestehen, daß er das fortgesetzte Auftreten des Vertreters nicht verhindert. Es ist, wie allgemein anerkannt wird,⁵⁾ nicht erforderlich, daß der Geschäftsherr durch aktives Handeln den Rechtsschein der Bevollmächtigung verursacht hat. Während die gesetzlichen Rechtsscheinstatbestände, die auf dem Veranlassungsprinzip aufgebaut sind, stets ein positives Tun des vom Rechtsnachteil Betroffenen voraussetzen (vergl.: §§ 170 ff, 370, 405, 932 ff BGB; 56 HGB), reicht bei der Anscheinsvollmacht ein Unterlassen des Geschäftsherrn aus.

1) RGZ 65, 295; 117, 164; BGH WM 1957, 926; LM § 167, Nr. 10 u. 13.

2) RGRK, § 167, Anm. 6.

3) Vergl.: Westermann, JuS 1963, 6; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 19.

4) BGH WM 1957, 926.

5) Vergl.: BGH LM § 167 Nr. 13; von Seeler, ArchBR 28, 2; Wellspacher, S. 100; H. Meyer, Vom Rechtsschein des Todes, S. 86 f; Stoll AcP 135, 108.

Das der Rechtsscheinshaftung in vielen Fällen zugrunde liegende Veranlassungsprinzip ist aber nicht mit dem Verursachungsprinzip identisch, sondern enthält zusätzlich ein Zurechenbarkeitsmoment, das den auferlegten Rechtsnachteil innerlich rechtfertigt. Denn von der Ursächlichkeit führt - wie Esser¹⁾ mit Recht bemerkt hat - keine Brücke zur Verantwortlichkeit hinüber. Dieser Zurechenbarkeitsfaktor fehlt aber, wenn die Rechtsscheinwirkung an ein unbewußtes Unterlassen angeknüpft wird, wie es bei der Anscheinsvollmacht regelmäßig der Fall ist. Daher muß hier ein zusätzliches Zurechnungserfordernis aufgestellt werden, das von der Rechtsprechung²⁾ darin gesehen wird, daß der Geschäftsherr das Auftreten des Vertreters bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können. Bezüglich der Zurechenbarkeit ist ein Unterlassen der positiven Veranlassung nur dann gleichwertig, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht und es außerdem objektiv möglich ist, den Rechtschein zu verhindern.³⁾ Die Zurechnungserfordernisse sind also bei der Anscheinsvollmacht davon abhängig, ob der Rechtschein der Bevollmächtigung durch eine Handlung oder ein Unterlassen des Geschäftsherrn herbeigeführt wurde.⁴⁾

Dies verkennen Krause⁵⁾ und Kropholler⁶⁾, wenn sie die von der Rechtsprechung aufgestellte Haftungsbegrenzung als

1) Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 94.

2) RG HRR 1931, 529 = SeuffA 85, 150; RGZ 170, 284; BGHZ 5, 112; MDR 1953, 345; NJW 1966, 1915.

3) Vergl.: Müller-Erzbach, IherJb 83, 289; Stoll, AcP 135, 108; Macris, S. 190.

4) Vergl.: Bruck-Möller, § 45 VVG Anm. 37 f; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167 Anm. 24.

5) S. 150 ff, 153.

6) NJW 1965, 1642.

systemfremd ablehnen, weil das Schuldmoment in den vom Gesetz anerkannten Rechtsscheinsfällen nirgend eine Rolle spielte. In den gesetzlichen Rechtsscheinstatbeständen liegt, soweit nicht ausnahmsweise das "reine Rechtsscheinsprinzip"¹⁾ eingreift, stets ein willentliches Handeln vor, während bei der Anscheinsvollmacht in der Regel nur ein unbewußtes Unterlassen des Geschäftsherrn gegeben ist. Daher muß hier das Korrektiv aufgestellt werden, daß eine Haftung des Geschäftsherrn dann ausgeschlossen ist, wenn er die Tätigkeit des Vertreters auch bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkennen und verhindern konnte.²⁾ Was die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins anbelangt, so besteht eine Parallele zwischen der Ausweitung des Gutglaubensschutzes in § 15 HGB und der Anscheinsvollmacht. Auch dort verlarvt die Rechtsprechung,³⁾ daß der Betroffene die falsche Eintragung veranlaßt oder ihre Berichtigung "schuldhaft" unterlassen hat.

Das von Krause⁴⁾ für die Anscheinsvollmacht in Analogie zu § 56 HGB entwickelte Zurechnungsprinzip, daß der Vertreter mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in den Betrieb eingeordnet wurde, ist schon deshalb zu eng, weil die organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Geschäftsherrn noch nicht den für die Anscheinsvollmacht erforderlichen Vertrauenstatbestand begründet. Es ist auch insofern nicht passend, als der Rechtsschein der Bevollmächtigung entstehen kann, ohne daß der Vertreter in den Organisationsbereich des Geschäftsherrn eingeordnet wurde, wie die schon erwähnte Entscheidung des Kammergerichts⁵⁾ deutlich zeigt.

1) Westermann, JuS 1963, 6 f.

2) Vergl.: Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 47, von denen das Reichsgericht in HRR 1931, 529 diese Haftungseinschränkung übernommen hat; ähnlich auch Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 c.

3) ROHG 3, 412; 24, 320; RGZ 40, 146; 164, 121; RG HRR 1936, 57.

4) S. 150 ff.

5) Vergl.: Anm 1, S. 85 d. Arb.

Wenn im Schrifttum¹⁾ vielfach hervorgehoben wird, der Rechtsschein der Bevollmächtigung müsse vom Geschäftsherrn schuldhaft herbeigeführt werden, so ist dies weder mit der Rechtsprechung vereinbar, der bei einer durch richterliche Rechtsfortbildung gewachsenen Rechtsfigur eine besondere Bedeutung zukommt,²⁾ noch rechtssystematisch haltbar. Während der Bundesgerichtshof bei der Anscheinsvollmacht nie von einem Verschulden des Geschäftsherrn gesprochen hat, wurde vom Reichsgericht³⁾ mehrfach betont, daß eine schuldhaftes Rechtsscheinsverursachung nicht erforderlich sei. So führte das Reichsgericht in JW 1927, 2114 aus: "Zwar berührt sich der Begriff eines irreführenden Verhaltens der Beklagten einigermaßen mit dem Begriff des schuldhaften Handelns. Aber das ist nur eine äußerliche Annäherung; rechtsgrundsätzlich braucht zur Begründung der Haftung aus einer zu vermutenden Vollmacht dem Geschäftsherrn weder ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB noch auch nur fahrlässiges Handeln i.S. von § 276 BGB zur Last zu fallen".

Die Schriftsteller, die bei der Anscheinsvollmacht ein schuldhaftes Handeln des Geschäftsherrn verlangen, beachten nicht, daß bei der Ausgestaltung einer neuen Rechtsfigur auf den vorgegebenen Systemzusammenhang Rücksicht zu nehmen ist, um die innere Einheit der Rechtsordnung zu wahren.⁴⁾

Da es sich bei der Anscheinsvollmacht um einen Fall der Rechtsscheinhaftung handelt, die in den gesetzlich anerkannten Tatbeständen nicht auf dem Verschuldens-, sondern auf dem Veranlassungsprinzip aufbaut, reicht auch für die

1) So H.H.Meyer, S.20; Deutsch, S.356; Gottsmann, S.66; Fabricius, JuS 1966, 57; von Staudinger-Coing, § 167, Anm. 9 i.

2) Vergl.: Larenz, Methodenlehre, S.271 f.

3) RG HRR 1931, 529; RG SeuffA 87, 313: Tatbestandsbegründend könne nur ein "vermeidbares, also zurechenbares Verhalten" des Geschäftsherrn sein.

4) Vergl.: Larenz, Methodenlehre, S.321.

Anscheinsvollmacht die Veranlassung des Rechtsscheins aus. Wenn aber der Rechtsschein der Bevollmächtigung durch ein unbewußtes Unterlassen des Geschäftsherrn hervorgerufen wird, muß die Einschränkung gemacht werden, daß der Geschäftsherr das Auftreten des Vertreters bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und verhindern konnte. Nur so kann nämlich der dem Veranlassungsprinzip immanente Zurechenbarkeitsfaktor bei einem unbewußten Unterlassen zur Geltung gebracht werden.

Diese Haftungsbegrenzung beruht aber, wie das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung mit Recht hervorgehoben hat, nicht auf dem Verschuldensprinzip. Verschulden im technischen Sinn des § 276 BGB setzt stets Rechtswidrigkeit voraus, erfordert also, daß eine Rechtspflicht verletzt wird.¹⁾ Es ist aber nicht Aufgabe der Rechtsordnung, dem Rechtssubjekt im eigenen Interesse Pflichten aufzuerlegen, denn ihr geht es vornehmlich um den Schutz fremder Rechtsgüter.²⁾ Wie in den §§ 170 ff BGB nach allgemeiner Ansicht³⁾ keine Pflicht zur Erstattung der Erlöschensanzeige besteht, so trifft auch bei der Anscheinsvollmacht den Geschäftsherrn nicht die Rechtspflicht, das Auftreten des Vertreters zu verhindern. Wohl aber besteht für den Geschäftsherrn die Obliegenheit, ein vertretungsweises Handeln für sich nicht zu dulden.⁴⁾ Diese Obliegenheit hat ihren Ursprung in dem durch die Vermittlung des Vertreters entstandenen Vertrauensverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner, das nicht nur echte Rechtspflichten,⁵⁾ sondern auch

1) Vergl. statt aller : Esser, Schuldrecht, § 10, 1 c.

2) Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S. 177; Hanau, AcP 165, 232.

3) Vergl.: OLG Düsseldorf, Bank A 26, 587; von Staudinger-Coing, § 170, Anm. 5; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 170, Anm. 3; Erman-Böhle-Stamschräder, § 170, Anm. 2.

4) Vergl.: R. Schmidt, S. 124; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm. 37; Hitzemann, S. 82, Anm. 17. Wenn Ballerstedt, ZHR 121, 86, bei der Anscheinsvollmacht sogar eine Obliegenheitsverletzung verneint, so übersieht er, daß ein Unterlassen nur dann rechtlich relevant sein kann, wenn entweder eine Rechtspflicht oder eine Obliegenheit zum Handeln besteht.

5) So aber Esser, AcP 154, 51.

Obliegenheiten hervorrufen kann.¹⁾ Kommt der Geschäftsherr seiner Obliegenheit nicht nach und begründet er dadurch den Rechtsschein der Bevollmächtigung, so hat sein Schweigen Erklärungswirkung zur Folge. Diese Erklärungswirkung beruht aber nicht auf der Verletzung einer Sorgfaltspflicht,²⁾ sondern unmittelbar auf dem Prinzip der Rechtsscheins- bzw. Vertrauenshaftung, Hierbei handelt es sich um ein eigenständiges Zurechnungsprinzip, das sich weder von rechtsgeschäftlichen noch deliktischen Voraussetzungen her erfassen läßt.³⁾

c) Ursächlichkeit des Rechtsscheins

Da die Anscheinsvollmacht eine Konkretisierung des Vertrauensprinzips darstellt, wird der Geschäftspartner durch sie nur dann geschützt, wenn er das Verhalten des Geschäftsherrn, aus dem sich der Rechtsschein der Bevollmächtigung ergibt, gekannt hat.⁴⁾ Befand sich der Geschäftspartner in Unkenntnis über den Anscheinstatbestand, so besteht kein Grund, ihm mit Hilfe der Anscheinsvollmacht einen Erfüllungsanspruch gegen den Geschäftsherrn zu gewähren, da er in diesem Fall allein auf die Ehrlichkeit des Vertreters vertraut. Die Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1918, 504, die auf die Kenntnis des Geschäftspartners vom Rechtsschein erzeugenden Verhalten des Geschäftsherrn verzichtet, ist vereinzelt geblieben und hat in der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts⁵⁾ und des Bundesgerichtshofs⁶⁾

1) Vergl.: R. Schmidt, S. 124 f; Krause, BB 1955, 267; von Staudinger-Coing, vor §§ 145 ff, Anm. 24 k; Hanau, AcP 165, 243 f.

2) So Gottsman, S. 67; Fabricius, JuS 1966, 57.

3) Vergl.: Stoll, AcP 135, 105; Esser, Schuldrecht, § 10, 1 o; Coing, Festschrift für Dölle, S. 30 ff; Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 385.

4) Vergl.: von Seeler, Arch BR 28, 17; Wellspacher, S. 101; Regelsberger, KrVJ Schr 47, 290; Krause, S. 154; Tengelmann, S. 15; Macris, S. 157.

5) RG JW 1922, 1315.

6) BGH NJW 1954, 460; WM 1957, 926; LM § 167 Nr. 10.

mit Recht keinen Anklang gefunden. Der Geschäftsherr muß jedoch den Rechtsschein der Bevollmächtigung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn dem Vertragspartner zwar die den Rechtsschein begründenden Tatsachen unbekannt geblieben sind, ihm aber die in einem bestimmten Personenkreis bestehende Überzeugung von der Bevollmächtigung des Vertreters von Mitgliedern dieses Personenkreises mitgeteilt worden ist.¹⁾ Denn auch in diesem Fall ist das Vertrauen des Geschäftspartners mittelbar durch das Verhalten des Geschäftsherrn hervorgerufen worden.

Neben der Kenntnis des Geschäftspartners vom Rechtsschein der Bevollmächtigung ist außerdem erforderlich, daß der Rechtsschein für den Geschäftsabschluß kausal gewesen ist.²⁾ Wenn der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 8.3.1961³⁾ das Erfordernis der Kausalität bei der Anscheinsvollmacht verneint, weil dies auch bei der stillschweigenden Bevollmächtigung unerheblich sei, so verkennt er, daß Anscheinsvollmacht und stillschweigende Bevollmächtigung auf verschiedenen dogmatischen Grundlagen beruhen. Die Anscheinsvollmacht hat ihren Ursprung nicht im Prinzip der Privatautonomie, sondern im Vertrauensschutzgedanken. Daher braucht der Geschäftspartner nicht geschützt zu werden, wenn er ohne Rücksicht auf den Rechtsschein die gleichen Entschlüsse getroffen haben würde.⁴⁾ Streitig ist, ob der Geschäftspartner bezüglich der Ursächlichkeit

1) So BGH NJW 1962, 1003; anderer Ansicht: Hupka, Die Vollmacht, S.421.

2) Wellspacher, S.86, 101; Böcker, S.60, 73; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm.39; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm.25; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167, Anm.4.

3) MDR 1961, 592 = LM § 167, Nr. 10.

4) BGHZ 17, 18 f; BGH WM 1956, 461; WM 1957, 926; LM § 167, Nr. 13; OLG Köln, MDR 1965, 740; OLG Stuttgart, NJW 1966, 1461; BGH NJW 1966, 1917.

des Rechtsscheins beweispflichtig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁾ muß der Geschäftspartner sowohl seine Kenntnis vom Rechtsschein der Bevollmächtigung als auch die Ursächlichkeit des Rechtsscheins für den Vertragsabschluß beweisen. Jedoch dürften die Anforderungen an den Beweis, daß der Anscheinstatbestand für den Geschäftsabschluß kausal gewesen sei, nicht überspannt werden. Im Regelfall spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Geschäftspartner im Vertrauen auf den Rechtsschein der Bevollmächtigung gehandelt habe.²⁾

Im Schrifttum³⁾ wird dagegen zum Teil die Ansicht vertreten, der Geschäftspartner brauche nicht nachzuweisen, daß er den Rechtsschein der Bevollmächtigung gekannt habe und daß dieser für den Geschäftsabschluß ursächlich gewesen sei. Albrecht⁴⁾ folgert dies daraus, daß auch beim gutgläubigen Erwerb nach § 932 BGB den Erwerber insoweit keine Beweispflicht treffe.

Diese Argumentation ist insofern nicht überzeugend, als im Rahmen des § 932 BGB der Dritte notwendig Kenntnis vom Rechtsscheinstatbestand haben muß, da der nichtberechtigte Veräußerer die Sache im Besitz hat. Auch im Vertretungsrecht sind die Rechtsscheinstatbestände der §§ 170 ff, 370 BGB, 56 HGB vom Gesetzgeber so ausgestaltet worden, daß der Geschäftspartner den Rechtsschein der Bevollmächtigung stets

1) Vergl. S.92, Anm.4.

2) BGHZ 17,18 f; NJW 1966,1917.

3) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S.422; Albrecht, S.23; von Hößlin, S.17.

4) S.23.

kennt.¹⁾ Diese besondere Ausgestaltung fehlt aber dem Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht. Hier besteht der Vertrauensstatbestand in der Regel darin, daß der Vertreter über einen längeren Zeitraum hin für den Geschäftsherrn rechtsgeschäftlich handelt. Diesen für die Anscheinsvollmacht typischen Vertrauensstatbestand braucht aber der Geschäftspartner nicht notwendig zu kennen, wenn er mit dem Vertreter in Beziehungen tritt. Daher kann bei der Anscheinsvollmacht im Gegensatz zu den gesetzlich anerkannten Scheinstatbeständen der §§ 170 ff; 370 BGB; 56 HGB nicht darauf verzichtet werden, die Kenntnis des Geschäftspartners vom Rechtsschein der Bevollmächtigung festzustellen. Wenn der Geschäftspartner aber nachweist, daß er die Tatsachen, aus denen der Rechtsschein der Bevollmächtigung herzuleiten ist, gekannt hat, gelten bezüglich der Ursächlichkeit des Rechtsscheins zugunsten des Geschäftspartners die Grundsätze über den prima-facie-Beweis.²⁾ Durch das Erfordernis des Kausalitätsbeweises würde nämlich der Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners weitgehend ausgehöhlt, da das Vertrauen auf den Rechtsschein ein innerer Vorgang ist, der sich in der Regel einer strikten Beweisführung entzieht.³⁾

-
- 1) Dies gilt allerdings nicht für die öffentliche Bekanntmachung der Bevollmächtigung nach § 171 BGB. Diese Abweichung erklärt sich daraus, daß die öffentliche Bekanntmachung, was die Publizitätswirkung anbetrifft, sich dem Grundbuch nähert, bei dem ebenfalls nicht erforderlich ist, daß der gutgläubige Erwerber die falsche Eintragung kennt, vergl.: Westermann, Sachenrecht, § 85 II 4.
 - 2) Zur Zulässigkeit des Anscheinsbeweises bei der Feststellung individueller Willensentschlüsse, vergl. BGH NJW 1958, 177; Prölss, S. 31 f.
 - 3) Vergl.: H. Meyer, Publizitätsprinzip, S. 83; von Hößlin, S. 79 ff.

d) Gutgläubigkeit des Geschäftspartners

Der Geschäftspartner muß, um sich auf das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht berufen zu können, gutgläubig gewesen sein. Die Gutgläubigkeit des Geschäftspartners ist ausgeschlossen, wenn er das Fehlen der Vollmacht¹⁾ kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte.²⁾ Wie sich aus den §§ 122 II, 173, 179 III, 1, 307 I 2 BGB ergibt, schadet bei der Vertrauenshaftung bereits leichte Fahrlässigkeit. Die Vorschrift des § 370 BGB, nach der nur positive Kenntnis die Legitimation des Quittungsüberbringers zerstört, kann - abgesehen von ihrem Ausnahmecharakter im Bereich des Urkundenrechtsscheins -³⁾ auf die Anscheinsvollmacht schon deshalb nicht übertragen werden, weil eine echte Quittung eine massivere Rechtsscheinsbasis darstellt als das wiederholte vollmachtslose Handeln des Vertreters.

Das Erfordernis der Gutgläubigkeit bedeutet aber nicht, daß den Geschäftspartner grundsätzlich eine Nachprüfungspflicht hinsichtlich des Bestandes der Vollmacht trifft.⁴⁾

- 1) Albrecht, S.82, stellt bei der Bestimmung der Gutgläubigkeit fälschlich auf den Mangel des Grundverhältnisses ab. Bei der Anscheinsvollmacht besteht aber in der Regel ein wirksames Grundverhältnis.
- 2) BGH NJW 1958, 2062; Krause, S.154 f; Fabricius, JuS 1966, 57; Lehmann-Hübner, § 36 V 2a; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.9 1; anderer Ansicht: Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm.40, nach dem die Gutgläubigkeit des Geschäftspartners nur bei grober Fahrlässigkeit entfallen soll.
- 3) Bei der Vollmachtsurkunde und der Schuldurkunde genügt bereits leichte Fahrlässigkeit, vergl. §§ 173, 405 BGB. Ein Vergleich mit § 370 BGB zeigt, daß die unterschiedliche Ausgestaltung des guten Glaubens nicht nur auf rechtspolitischen Erwägungen beruht, sondern zum Teil auch willkürlich erfolgt ist, vergl.: Oertmann, ZHR 95, 474.
- 4) Vergl.: Hupka, Die Vollmacht, S.431; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.619; Krause, S.154 f; Macris, S.159, 165, 191 f; Bruck-Möller, § 45 VVG, Anm.40.

Durch eine solche allgemeine Nachprüfungspflicht würde nämlich der mit der Anerkennung der Anscheinsvollmacht bezweckte Schutz weitgehend illusorisch. Der Geschäftspartner ist im Regelfall nur verpflichtet, den objektiven Erklärungswert des Verhaltens des Geschäftsherrn sorgfältig auszulegen. Nur wenn besondere Umstände Zweifel am Bestand der Vollmacht nahelegen, besteht eine Nachprüfungspflicht für den Geschäftspartner. Solche besondere Umstände können sich aus dem Inhalt des Vertretergeschäfts ergeben.¹⁾ Daher ist Zurückhaltung in der Annahme einer Anscheinsvollmacht geboten bei wichtigen Rechtsgeschäften, die umfangreiche Vorbereitung erfordern und deren Abschluß nicht sehr eilt.²⁾

4. Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht

Liegen die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht vor, so hat dies zur Folge, daß der Geschäftsherr sich auf den Mangel der Vollmacht nicht berufen kann. Das Rechtsgeschäft kommt zwar nicht zwischen dem Vertretenen und dem Geschäftspartner zustande, wie im Schrifttum³⁾ zum Teil angenommen wird, der Vertretene muß sich aber so behandeln lassen, wie wenn er Vertragspartei des in seinem Namen abgeschlossenen Vertrages wäre.⁴⁾ Diese Unterscheidung hat praktische Bedeutung. Da die Anscheinsvollmacht den Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners bezweckt, kann auch nur dieser - nicht aber der Geschäftsherr - Rechte aus ihr herleiten. Die An-

1) Vergl.: RG Warn Rspr 6,166.

2) BGH NJW 1958,2062; von Staudinger-Weber, § 242,Anm.207.

3) So Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II,S.665; Fikentscher, AcP 154,8.

4) Vergl.: Heymann,S.333.

scheinsvollmacht gewährt also dem Geschäftspartner einen Anspruch auf Erfüllung, bei Unmöglichkeit und Verzug auf das Erfüllungsinteresse.

Wenn aber der Geschäftspartner vom Geschäftsherrn kraft Anscheinsvollmacht Erfüllung verlangt, so stehen diesem die gleichen Rechte zu, die ihm das Rechtsgeschäft gewähren würde. Es ist nämlich kein Grund dafür ersichtlich, den Geschäftspartner bei der Anscheinsvollmacht besser zu stellen als bei der wirklichen Vollmacht. Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Struktur der Verpflichtung kann sich daher der Geschäftsherr, wenn er auf Grund einer Anscheinsvollmacht in Anspruch genommen wird, zu seiner Verteidigung auf die Rechte der §§ 320 ff BGB berufen und bei mangelhafter Erfüllung die Gewährleistungsansprüche geltend machen.¹⁾

Die auf Grund der Anscheinsvollmacht eintretende Erfüllungshaftung des Geschäftsherrn kann aber nach allgemeiner Ansicht²⁾ nicht durch Anfechtung beseitigt oder gemäß § 122 BGB auf das negative Interesse herabgesetzt werden. Sie beruht nämlich, wie bereits aufgezeigt wurde, nicht auf einer Willenserklärung, sondern ist eine gesetzliche Folge des vom Geschäftsherrn veranlaßten Vertrauenstatbestandes. Die Rechtsfolgen eines Vertrauenstatbestandes können aber nicht durch Anfechtung rückwirkend beseitigt werden. Die Anscheinsvollmacht führt daher stets zur Erfüllungshaftung und nicht nur zum Ersatz des Vertrauensinteresses.

1) Vergl.: Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 390.

2) Wellspacher, S. 98; Krause, S. 157; Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 99; Enn.-Nipperdey, § 184 II 4; Erman-Westermann, § 119 Anm. 1; Bruck-Möller, § 45 VVG Anm. 43; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm. 29; Fabricius, JuS 1966, 57. Wenn Hupka, Die Vollmacht, S. 120, die Anfechtung zuläßt, so beugt er sich lediglich der dogmatischen Notwendigkeit, die sich aus dem Verständnis der Anscheinsvollmacht als stillschweigender Willenserklärung ergibt. Die Unzulässigkeit der Anfechtung ist in der Rechtsprechung nicht ausdrücklich hervorgehoben worden, doch kann sie aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe entnommen werden.

Die Gewährung des Erfüllungsanspruchs ist auffallend, denn in unserer Rechtsordnung begründet die Vertrauenshaftung in der Regel nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens,¹⁾ vergl.: §§ 122; 179 II; 307; 309 BGB; Haftung für culpa in contrahendo. Bei der Erfüllungshaftung auf Grund der Anscheinsvollmacht handelt es sich daher um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, die einer besonderen Begründung bedarf. In der Rechtsprechung²⁾ und in der Literatur³⁾ wird als Begründung in der Regel auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 170,281 ff verwiesen. Dort heißt es:⁴⁾ "Unter den Tatbestandsmerkmalen des Rechtscheins wäre aus dem Handeln eines Nichtbevollmächtigten die Folge herzuleiten, daß dieselben Wirkungen ausgelöst werden wie von der Rechtswirksamkeit, daß also das Rechtsgeschäft als wirklich zustande gekommen gelten würde. Andernfalls könnte die aus § 242 BGB herzuleitende Folge des Vertrauensschutzes grundsätzlich nur dazu führen, daß das sogenannte negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist, also der Schaden, den der Vertrauende dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärungen vertraut hat." Das Reichsgericht geht also davon aus, daß zwischen Rechtsschein und Vertrauensschutz ein prinzipieller Unterschied besteht. Warum es aber beim Rechtsschein anders sein soll als beim Vertrauensschutz, dafür weiß auch das Reichsgericht keine Begründung.⁵⁾ Die

1) Vergl.: Canaris, AcP 165,13.

2) BGH VersR 1961,83.

3) Schmidt, S.125; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 c; von Staudinger-Coing, § 167,Anm.9 n; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167,Anm.30; Bruck-Möller, § 45 VVG,Anm.43.

4) S.284.

5) Vergl.:Flume,Rechtsgeschäft und Privatautonomie,S.182; Allg.Teil,S.834.

Unterscheidung zwischen dem Prinzip des Rechtsscheins und dem sich aus § 242 BGB ergebenden Grundsatz des Vertrauensschutzes ist um so unverständlicher, als die Rechtsprechung¹⁾ die Haftung aus der Anscheinsvollmacht gerade aus dem Rechtsgedanken des § 242 BGB herleitet. Eine rational nachvollziehbare Begründung für die Erfüllungshaftung fehlt daher in der Rechtsprechung.

Fikentscher²⁾ weist zur Rechtfertigung der Erfüllungshaftung bei der Anscheinsvollmacht auf § 179 I BGB hin. Aber auch diesen Hinweis auf § 179 I BGB halte ich nicht für überzeugend. § 179 BGB enthält nämlich zwei Tatbestände mit unterschiedlichen Rechtsfolgen.³⁾ In § 179 I BGB liegt eine Haftung für Vorsatz vor, während § 179 II BGB eine auf dem Veranlassungsprinzip aufbauende Vertrauenshaftung begründet.⁴⁾ § 179 I BGB behandelt den Fall, daß der falsus procurator als Vertreter auftritt, obwohl er genau weiß, daß er keine Vertretungsmacht besitzt. Bei der Anscheinsvollmacht setzt aber der Geschäftsherr nicht vorsätzlich den Rechtsschein der Bevollmächtigung, da er keine Kenntnis von dem Handeln des Vertreters hat. Der Anscheinsvollmacht ähnlich gelagert ist vielmehr der Tatbestand des § 179 II BGB, wo der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kennt. Seine Rechtsfolge geht jedoch nur auf Ersatz des Vertrauensinteresses. Der Hinweis Fikentschers auf § 179 I BGB kann daher nicht hinreichend rechtfertigen, daß der Geschäftsherr bei der Anscheinsvollmacht auf Erfüllung haftet.

1) RG HRR 1931, Nr. 529; BGH NJW 1951, 309; NJW 1954, 460; NJW 1962, 1003.

2) AcP 154, 9 Anm. 28.

3) Während nach dem 1. Entwurf der Vertreter ohne Vertretungsmacht generell zur Erfüllung bzw. zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet war, vergl.: Motive, Bd. I, S. 243 ff, entschied sich die 2. Kommission für die jetzige Differenzierung, vergl.: Protokolle, Bd. I, S. 158 ff.

4) Vergl.: Deutsch, S. 358; Larenz, JuS 1965, 377 f; Canaris, AcP 165, 13.

Aber auch aus § 179 II BGB kann nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die Haftungsfolgen der Anscheinsvollmacht auf das negative Interesse begrenzt.¹⁾ Zwar beruht sowohl die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB als auch die Haftung des Geschäftsherrn kraft Anscheinsvollmacht auf dem Vertrauensprinzip, wegen der Unterschiedlichkeit der Vertrauensbasis kann aber daraus nicht die Folgerung gezogen werden, der Geschäftsherr hafte bei der Anscheinsvollmacht nur auf Ersatz des Vertrauensinteresses. Bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht wird der Rechtsschein der Bevollmächtigung allein vom Vertreter hervorgerufen, der Geschäftspartner vertraut auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit des Vertreters. Wenn er sich trotz dieser Ungewißheit auf ein Rechtsgeschäft mit dem Vertreter einläßt, dann geschieht dies auf eigene Gefahr. Der Schutz, der ihm durch § 179 II BGB gewährt wird, ist für den Geschäftspartner ausreichend, da er das Risiko der fehlenden Vertretungsmacht bewußt in Kauf genommen hat. Bei der Anscheinsvollmacht ist die Vertrauensgrundlage dagegen erheblich breiter als bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Zu dem Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht tritt hier der vom Geschäftsherrn veranlaßte Rechtsschein der Bevollmächtigung hinzu. Der Geschäftspartner vertraut bei der Anscheinsvollmacht nicht nur auf die Angaben des Vertreters, sondern verläßt sich vornehmlich auf den vom Geschäftsherrn hervorgerufenen Vertrauenstatbestand. Wegen dieser unterschiedlichen Stärke des Vertrauenstatbestandes zwingt § 179 II BGB nicht zu der Schlußfolgerung, daß auch bei der Anscheinsvollmacht die Haftung auf das negative Interesse die adäquate Rechtsfolge sei.

Auch das weitere von Flume²⁾ und anderen³⁾ vorgebrachte Argument, die Anscheinsvollmacht stelle in Wirklichkeit einen

1) Anderer Ansicht: Flume, Allg. Teil, S. 835.

2) Allg. Teil, S. 808 f, 835.

3) So auch Titze, JW 1925, 1753; Lenz, JR 1931, 151; Gottsmann, S. 61 ff.

Sondertatbestand der Haftung für culpa in contrahendo dar und deshalb sei die Haftung des Geschäftsherrn auf das Vertrauensinteresse beschränkt, kann nicht überzeugen. Die Einordnung der Anscheinsvollmacht in das Haftungssystem der culpa in contrahendo scheitert aber nicht daran, daß bei der Anscheinsvollmacht in der Regel eine Verhandlungsvollmacht des Vertreters fehlt, wie in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ vielfach angenommen wird. Das durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehende gesetzliche Schuldverhältnis der culpa in contrahendo hat nämlich, wie Ballerstedt³⁾ aufgezeigt hat, seinen Grund in der Gewährung und Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens.⁴⁾ Daher sind auf das Schuldverhältnis der culpa in contrahendo nicht die Regeln der §§ 164 ff BGB analog anwendbar, sondern es ist nur einer Vertrauensvermittlung zugänglich.⁵⁾ Einer Vertrauensvermittlung ist jedoch auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht fähig.⁶⁾

Die Anscheinsvollmacht kann aber deshalb nicht als ein Unterfall der Haftung für culpa in contrahendo angesehen werden, weil für sie - wie bereits aufgezeigt wurde⁷⁾ - nicht eine schuldhaftes Pflichtverletzung charakteristisch ist. Es geht bei der Anscheinsvollmacht nicht um die Sanktion von Pflichtverletzungen, sondern um die Haftung für einen zu-rechenbar veranlaßten Vertrauenstatbestand, die ein rechts-widriges Handeln nicht voraussetzt.⁸⁾ Dies zeigt deutlich

1) RG SeuffA 82,Nr.57; SeuffA 83,228; WarnRspr 29,265; RGZ 162,156; BGHZ 6,330; OLG München, MDR 1953,156.

2) Vergl.:Stoll, JW 1928,1285; Macris,S.50; Albrecht,S.19, 36;von Staudinger-Coing, § 164,Anm.17a;Erman-Böhle-Stam-schräder, § 164,Anm.4.

3) AcP 151,501 ff.

4) So jetzt auch BGH MDR 1964,914.

5) Vergl.:Ballerstedt, AcP 151,509.

6) Vergl.:Canaris, JZ 1965,482.

7) Oben S.90 ff.d.Arb.

8) Vergl.:Esser,Schuldrecht, § 10,1 c;Larenz,Schuldrecht, Bd.I,§ 4 V.

das von der Rechtsprechung zur Begründung des Vertrauenstatbestandes aufgestellte Erfordernis der Mehrmaligkeit des Handelns des Vertreters. Im Rahmen der culpa in contrahendo müßte bereits ein einmaliges vollmachtsloses Auftreten des Vertreters, das der Geschäftsherr schuldhaft nicht verhindert, die Haftung auslösen.¹⁾ Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Geschäftspartners vom Mangel der Vollmacht, die bei der Anscheinsvollmacht die Haftung des Geschäftsherrn gänzlich ausschließen, würden nach der Lehre von der culpa in contrahendo gemäß § 254 BGB nur zu einer Minderung der Schadensersatzpflicht führen.²⁾ Da die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht und der Haftung für culpa in contrahendo also wesensverschieden sind, steht die auf Grund der Anscheinsvollmacht eintretende Erfüllungshaftung nicht im Widerspruch zu der Lehre von der culpa in contrahendo, nach der die Haftung stets auf das negative Interesse beschränkt ist.³⁾

Eine Begründung dafür, daß die Anscheinsvollmacht "positiven" und nicht nur "negativen" Vertrauensschutz gewährt, fehlt aber noch. Die Erfüllungshaftung wird jedoch einsichtig, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Vertrauenshaftung "nur dann und nur in dem Umfang eintritt, als dies das Bedürfnis nach Schutz des Vertrauens im geschäftlichen Verkehr erfordert".⁴⁾ Die Vertrauenshaftung ist daher nicht zwangsläufig, sondern nur regelmäßig auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt, da der negative Vertrauens-

1) Vergl.: Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 595; Macris, S. 50.

2) Zur Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die Haftung aus culpa in contrahendo vergl.: RGZ 120, 253; 151, 361; BAGE 14, 106; BGH DB 1967, 1085; Erman, § 276, Anm. 8 b.

3) Vergl.: Canaris, JZ 1965, 482.

4) So BGHZ 17, 16.

schutz in der Regel den Interessen des redlichen Geschäftspartners gerecht wird.¹⁾ Bei den Vertretungsverhältnissen besteht aber - wie später noch ausführlich dargelegt wird²⁾ ein besonderes Schutzbedürfnis des Verkehrs, das durch die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs nicht befriedigt werden kann. Das erhöhte Schutzbedürfnis resultiert daraus, daß bei der Stellvertretung wegen der Dreizahl der Beteiligten eine im Vergleich zu den §§ 116 ff BGB atypische Interessenkonstellation vorliegt. Dies ist vom Gesetzgeber auch erkannt worden, als er in den §§ 171 f BGB dem Geschäftspartner nicht nur einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch gewährte.³⁾ Die Erfüllungshaftung bei der Anscheinsvollmacht kann daher nicht durch eine Gegenüberstellung von Rechtsscheinswirkung und Vertrauensschutzwirkung begründet werden, wie das Reichsgericht meinte, sondern sie beruht einzig und allein auf dem besonderen Schutzbedürfnis des Verkehrs bei den Vertretungsverhältnissen.⁴⁾ Aus diesem Grunde ist es sachlich gerechtfertigt, daß die Rechtsprechung bei der Anscheinsvollmacht eine schärfere Haftung bejahet als im gesetzlichen Normalfall.

5. Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht

Während das Reichsgericht⁵⁾ und das ältere Schrifttum⁶⁾ die Lehre von der Anscheinsvollmacht auf den kaufmännischen Be-

1) Vergl.: Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 385; Diederichsen, JuS 1966, 136.

2) Vergl.: S. 144 ff d. Arb.

3) Vergl.: Motive, Bd. I, S. 237.

4) Vergl.: Fikentscher, AcP 154, 9 Anm. 28.

5) Vergl.: RGZ 162, 148; die Entscheidungen in JW 1927, 1089 und DR 1942, 172 haben erkennbar Ausnahmecharakter.

6) von Tuhr, Bd. II, 2, S. 394, Anm. 108; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 659; Rechtswirksames Verhalten S. 282 f; Krause, S. 155 f.

reich beschränkte, hat der Bundesgerichtshof¹⁾ dem Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht allgemeine Geltung zuerkannt. Diese Ausdehnung auf das bürgerliche Recht hat im neueren Schrifttum²⁾ überwiegend Zustimmung gefunden. Es ist nämlich inkonsequent, die Anscheinsvollmacht aus dem Rechtsgedanken der §§ 171 ff BGB in Verbindung mit § 242 BGB herzuleiten, ihre Geltung aber auf den kaufmännischen Verkehr zu beschränken. Man wird jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob eine Haftung kraft Anscheinsvollmacht gegeben ist, im privaten Bereich einen strengeren Maßstab anlegen müssen als bei kaufmännischen Betrieben.³⁾ Die Problemstellung der vorliegenden Arbeit ist daher nicht auf das Handelsrecht begrenzt, sondern von allgemeiner Bedeutung.

1) NJW 1951,309; MDR 1953,346; LM § 167,Nr.1.

2) Vergl.: Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 c; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 167, Anm.37; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167, Anm.4; Westermann, JuS 1963,6; ablehnend: Larenz, Allg.Teil, § 34 IV b; Canaris, NJW 1966,2350.

3) BGH MDR 1953,346; Fikentscher, AcP 154,6; Deutsch,S.356 f.

IV. In welchen Fällen erfüllt eine angefochtene oder aus einem anderen Grund nichtige Bevollmächtigung die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht?

Bei der Untersuchung dieser Frage sollen die oben¹⁾ aufgezeigten Tatbestandsmerkmale der Anscheinsvollmacht als Gliederungspunkte dienen.

1. Objektiver Vertrauenstatbestand

Im Rahmen des für die Anscheinsvollmacht erforderlichen objektiven Vertrauenstatbestandes muß zwischen externer und interner Bevollmächtigung differenziert werden.

a) Externe Bevollmächtigung

Wie sich aus § 170 BGB ergibt, enthält die externe Bevollmächtigung stets eine für die Anscheinsvollmacht ausreichende Vertrauensbasis. Zwar beschränkt § 170 BGB den Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners auf das Erlöschen der Vollmacht, das gemäß § 168 BGB im Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter seine Ursache hat, diese Begrenzung der Schutzfunktion ist aber bei der Prüfung der Frage, ob eine anfechtbare oder nichtige Außenvollmacht den objektiven Tatbestand der Anscheinsvollmacht erfüllt, noch ohne Bedeutung.

Was die Vertrauensgrundlage anbetrifft, steht die besondere Mitteilung des Vertretenen an den Geschäftspartner, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, der externen Bevollmächtigung gleich. Welche Anforderungen an die besondere

1) Vergl. S.82 ff d.Arb.

Mitteilung gemäß § 171 BGB zu stellen sind, ist im Schrifttum streitig. Von Seeler¹⁾ verlangt eine schriftliche Mitteilung oder eine unmittelbare mündliche Mitteilung des Geschäftsherrn an den Dritten, da nach der ratio legis des § 171 BGB die Mitteilung dem Dritten eine gewisse Richtigkeitsgewähr bieten müsse. Die h.M.²⁾ hält dagegen die mündliche Übermittlung durch eine andere Person für ausreichend, weil das Gesetz keine bestimmte Form für die Mitteilung vorschreibe.

Die h.M. verdient grundsätzlich Zustimmung, jedoch muß die Einschränkung gemacht werden, daß die besondere Mitteilung gemäß § 171 BGB nicht durch den Vertreter erfolgen kann. In diesem Fall vertraut nämlich der Geschäftspartner allein auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit des Vertreters, ratio legis der §§ 170 ff BGB ist aber der vom Geschäftsherrn veranlaßte Vertrauenstatbestand. Im übrigen zeigt auch ein Vergleich mit § 172 BGB, daß die mündliche Übermittlung durch den Vertreter nicht als besondere Mitteilung i.S. des § 171 BGB angesehen werden kann. Nach § 172 BGB kommt nämlich der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde nur dann die Wirkung einer besonderen Mitteilung zu, wenn der Vertreter die Vollmachtsurkunde dem Dritten vorlegt. Dieses Erfordernis der Vorlage der Vollmachtsurkunde hätte keinen Sinn, wenn im Rahmen des § 171 BGB bereits die mündliche Übermittlung der Bevollmächtigung durch den Vertreter genügt. Erst Aushändigung und Vorlage der Vollmachtsurkunde zusammen bilden in § 172 BGB den erforderlichen Vertrauenstatbestand.³⁾

1) Arch. BR 28,51; ebenso H.H.Meyer, S.32.

2) Flatau, Gruchot 52,778,793; Rosenberg, S.751; Windscheid-Kipp, S.383; von Staudinger-Coing, §§ 171,172 Anm.4; Soergel-Schultze-von Lasaulx § 171, Anm.4; Erman-Böhle-Stamschräder, § 171, Anm.2; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV a.

3) Vergl.: RGZ 56,67 f.

b) Interne Bevollmächtigung

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob auch die interne Bevollmächtigung als Vertrauensbasis für eine Anscheinsvollmacht ausreicht. Im Hinblick auf § 169 BGB, wo das Gesetz die interne Bevollmächtigung als Rechtsscheinsgrundlage anerkennt, könnte man geneigt sein, sie generell zu bejahen. So nehmen denn auch Regelsberger¹⁾ und Jacobi²⁾ an, daß auch durch eine nichtige Innenvollmacht der Rechtsschein der Bevollmächtigung begründet wird. Nach Regelsberger³⁾ schafft die Vollmachtserteilung stets "einen zweifachen juristischen Tatbestand: einmal eine Willenserklärung; dann aber auch den äußeren Schein, daß die Vollmacht erteilt sei". Dies soll auch für die interne Bevollmächtigung gelten, da Regelsberger davon ausgeht, daß durch § 169 BGB der gutgläubige Geschäftspartner in seinem Vertrauen geschützt werde.

Jacobi⁴⁾ vertritt die Ansicht, daß der Vollmichtsrechtsschein im Vertretungsrecht nur lückenhaft geregelt sei. Den §§ 170 ff BGB müsse der Fall gleichstehen, daß der Vertreter auf Grund einer internen Bevollmächtigung für den Geschäftsherrn tätig werde, weil auch hierdurch ein Scheintatbestand ausgelöst werde. Der Gesetzgeber habe diesem Fall allein deshalb die Anerkennung als Rechtsscheinstatbestand versagt, weil er der Meinung gewesen sei, der Vollmachtgeber werde bereits rechtsgeschäftlich verpflichtet. Dabei habe er übersehen, daß die interne Bevollmächtigung anfechtbar oder nichtig sein könne. Jacobi will daher auch bei einer nichtigen Innenvoll-

1) KrVJ Schr 47,290 f; IherJb 58,164 ff.

2) KrVJ Schr 49,95 ff; JW 1925,2449.

3) KrVJ Schr 47,290.

4) KrVJ Schr 49,95.

macht den gutgläubigen Geschäftspartner durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht schützen. Demelius¹⁾ hält diese Ansicht Jacobis für einen dogmatisch "bestechenden Vorschlag".

Nach H.H.Meyer²⁾, Müller-Freienfels³⁾ und Böcker⁴⁾ soll dagegen nur die externe Bevollmächtigung eine ausreichende Vertrauensbasis bilden, da das Vertrauen auf die Angaben des Vertreters als Grundlage für eine Anscheinsvollmacht nicht genüge.

Bei der Lösung der vorliegenden Problematik ist von der Überlegung auszugehen, daß durch jede Willenserklärung, also auch durch die interne Bevollmächtigung, ein Vertrauenstatbestand begründet wird. Das Gesetz hat diesem Gedanken Rechnung getragen, wenn es in § 169 BGB auch bei der internen Bevollmächtigung einen Gutglaubensschutz gewährt. Durch die Willenserklärung wird aber in der Regel nur das Vertrauen des Erklärungsempfängers in Anspruch genommen, daher braucht nur dieser in seinem Vertrauen geschützt zu werden, vergl. § 122 BGB. Dem steht § 169 BGB nicht entgegen. Denn mit der Fiktion des Fortbestandes der Vollmacht in § 169 BGB verfolgt der Gesetzgeber den alleinigen Zweck, vom gutgläubigen Vertreter die Haftung aus § 179 BGB abzuwenden.⁵⁾ Dies ergibt sich schon daraus, daß trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners die Fiktion des § 169 BGB nicht gilt, wenn der Vertreter bösgläubig ist. In diesem Fall wird der gutgläubige Geschäftspartner nach den §§ 170 ff BGB nur dann geschützt, wenn die Bevollmächtigung ihm gegenüber erklärt oder kundgegeben wurde. Die Schutzbestimmung des § 169 BGB, die vor allem bei der internen Bevollmächtigung Bedeutung erlangt,

1) AcP 153, 10.

2) S. 12, 25.

3) S. 403.

4) S. 74.

5) Vergl.: von Tuhr, Bd. II, 2, S. 403, Anm. 169; H.H.Meyer, S. 27; Enn.-Nipperdey, § 187 II 2; § 188 II 2.

ist daher allein im Interesse des gutgläubigen Vertreters geschaffen worden. Der Schutz des Geschäftspartners ist nur eine Reflexwirkung, nicht ratio legis des § 169 BGB.¹⁾

Durch die interne Bevollmächtigung wird zwar für den Vertreter eine Rechtsscheinsposition geschaffen, bei der Anscheinsvollmacht aber muß ein Vertrauenstatbestand vorliegen, aus dem die Geschäftspartner auf eine Bevollmächtigung schließen dürfen. Diese Voraussetzung wird jedoch durch die interne Bevollmächtigung, die nicht nach §§ 171 f BGB kundgegeben wurde, im Regelfall nicht erfüllt. Denn wenn der Vertreter, dem eine Innenvollmacht erteilt worden ist, im Namen des Geschäftsherrn auftritt, so können daraus die Geschäftspartner noch nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß der Vertreter wirklich bevollmächtigt ist. Die Tatsache, daß eine interne Bevollmächtigung stattgefunden hat, ist nämlich für die Geschäftspartner in der Regel nicht erkennbar. Das Wissen der Geschäftspartner um die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit des Vertreters mag zwar die Annahme einer Vollmacht nahelegen, reicht aber zur Begründung einer Anscheinsvollmacht noch nicht aus.²⁾ Die gegenteilige Ansicht des OLG Hamburg ist vom Bundesgerichtshof³⁾ mit Recht zurückgewiesen worden. Denn durch die interne Bevollmächtigung wird bei den Geschäftspartnern noch kein schutzwürdiges Vertrauen erweckt, das die Annahme einer Anscheinsvollmacht rechtfertigen kann. Bei der Innenvollmacht vertrauen die Geschäftspartner allein den An-

1)unrichtig daher: Regelsberger, KrVJ Schr 47,290 f; Erman-Böhle-Stamschräder, § 169 Anm.1.

2)Vergl. die Literaturnachweise in Anm.4,S.85 d.Arb.

3)LM § 167 Nr.10: Das OLG Hamburg hatte als Berufungsinstanz die Rechtsansicht geäußert, wenn ein Kaufmann im fremden Namen handle, so könne der Geschäftspartner in der Regel annehmen, es liege eine entsprechende Vollmacht vor; denn er dürfe davon ausgehen, daß ein ordentlicher Kaufmann nicht ohne Vollmacht Geschäfte im fremden Namen abschließe.

gaben des Vertreters und können daher auch nur diesen Anspruch nehmen, wenn die Bevollmächtigung anfechtbar oder nichtig ist,

Die Vertrauenssituation ändert sich aber, wenn der Vertreter auf Grund der nichtigen Innenvollmacht über einen längeren Zeitraum für den Geschäftsherrn tätig geworden ist. Durch das mehrfache Handeln entsteht nämlich für die Geschäftspartner der Rechtsschein der Bevollmächtigung, der durch ein einmaliges Handeln noch nicht hervorgerufen wird. Das von der Rechtsprechung für die Anscheinsvollmacht aufgestellte Erfordernis, daß sich das Auftreten des Vertreters über einen gewissen Zeitraum erstrecken muß, ist daher sowohl bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht als auch bei der nichtigen Innenvollmacht von Bedeutung. Wenn der Vertreter bereits wiederholt für den Geschäftsherrn tätig geworden ist, dann vertrauen die Geschäftspartner nicht mehr so sehr auf die Vollmachtsbehauptung des Vertreters, sondern verlassen sich vornehmlich auf den durch das mehrfache Handeln geschaffenen Vertrauenstatbestand.

Die für die Anscheinsvollmacht erforderliche Vertrauensbasis kann aber bei einer nichtigen Innenvollmacht auch dadurch geschaffen werden, daß der Vertreter in eine Stellung gebracht wird, mit der nach der Verkehrsauffassung eine Vertretungsmacht bestimmten Ausmaßes verbunden ist. Dies zeigt ein Blick in § 56 HGB, wo bereits die Anstellung in einem Ladengeschäft tatbestandsbegründend ist. Da die Vertrauensgrundlage bei der Anscheinsvollmacht nicht gesetzlich typisiert ist, kann sich auch aus der Verwendung von Firmenbriefbogen oder der Benutzung von Firmenstempeln der Rechtsschein der Bevollmächtigung ergeben, obwohl ein wiederholtes Handeln des Vertreters nicht vorliegt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die externe Bevollmächtigung und die ihr gleichgestellte Vollmachtskundgabe nach §§ 171 f BGB eine hinreichende Rechtsscheinsbasis bildet. Dies gilt selbstverständlich auch für die von

der h.M. zugelassene Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung. Durch eine nichtige Innenvollmacht dagegen wird nicht stets der Rechtsschein der Bevollmächtigung hervorgerufen, wie Regelsberger und Jacobi annehmen, sondern nur dann, wenn das Handeln des Vertreters von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist oder andere vertrauensbegründende Anhaltspunkte vorliegen. Auf die nichtige Innenvollmacht können - was die für die Anscheinsvollmacht erforderliche Rechtsscheinsposition anbetrifft - die von der Rechtsprechung für die Vertretung ohne Vertretungsmacht herausgearbeiteten Grundsätze¹⁾ uneingeschränkt angewandt werden.

2. Zurechenbarkeit des Vertrauensstatbestandes

Da der Anscheinsvollmacht nicht das reine Rechtsscheinsprinzip, sondern ein modifiziertes Veranlassungsprinzip, zugrunde liegt,²⁾ muß im folgenden erörtert werden, inwieweit der durch eine nichtige Bevollmächtigung hervorgerufene Rechtsschein dem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann. Für eine problemgerechte Entscheidung ist eine Differenzierung zwischen den einzelnen Anfechtungs - und Nichtigkeitstypen erforderlich.

a) Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit

Bei der Lösung der Frage, ob auch eine geschäftsunfähige bzw. beschränkte geschäftsfähige Person auf Grund einer Anscheinsvollmacht verpflichtet werden kann, müssen wir uns daran erinnern, daß die Anscheinsvollmacht in das Zurechnungssystem der Vertrauenshaftung einzuordnen ist.³⁾ Da die Dogmatik des 19. Jahrhunderts von der Voraussetzung ausging, daß privatrechtliche Rechtsfolgen grundsätzlich

1) Vergl. S.83 ff d.Arb.

2) Vergl. S.86 ff d.Arb.

3) Vergl. S.75 f d.Arb.

entweder einen rechtsgeschäftlichen oder deliktischen Ursprung haben, hat das BGB nur für Willenserklärungen und unerlaubte Handlungen die Zurechenbarkeit geregelt. Bezüglich der Kategorie der Vertrauenshaftung liegt daher eine Lücke vor, für deren Ausfüllung sich die §§ 104 ff BGB bzw. die §§ 827 f BGB anbieten.

Die h.M.¹⁾ will bei der Anscheinsvollmacht die Zurechnungsvoraussetzungen der §§ 104 ff BGB analog anwenden. Soweit sie hierfür eine Begründung anführt, verweist sie darauf, daß der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen vom geltenden Recht höher bewertet werde als das Vertrauensinteresse der Allgemeinheit.²⁾

Eine nicht unerhebliche Mindermeinung³⁾ verzichtet aber bei der Anscheinsvollmacht auf das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers. Während H.Meyer⁴⁾ dies unmittelbar aus dem Rechtsscheinsprinzip folgert, begnügen sich Düringer-Hachenburg-Hoeniger⁵⁾ und Oertmann⁶⁾ mit dem Hinweis, daß die Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht nicht auf einer Willenserklärung beruhen. Oertmann stützt seine Ansicht noch zusätzlich darauf, daß auch die Erlöschensanzeige in § 170 BGB keine Geschäftsfähigkeit erfordert.

Ein vermittelnder Standpunkt wird von Demelius⁷⁾ vertreten. Er will die §§ 104 ff BGB auf die Anscheinsvollmacht

1) Schlegelberger-Hildebrandt, § 54 HGB, Anm. 9; von Staudinger-Coing, § 170, Anm. 2; §§ 171, 172 Anm. 3; Enn.-Nipperdey, § 184 II 3 b; Erman-Böhle-Stamschräder, § 171, Anm. 6 und § 172, Anm. 2; Larenz, Allg. Teil, § 37 IV a; OLG Stuttgart, MDR 1956, 673 f.

2) So Schlegelberger-Hildebrandt, § 54 HGB, Anm. 9; OLG Stuttgart, MDR 1956, 673 f.

3) Vergl.: H.Meyer, ZHR 81, 376; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 48; Oertmann, ZHR 95, 470; Demelius, AcP 153, 11.

4) ZHR 81, 376.

5) Vor §§ 48 ff HGB, Anm. 48.

6) ZHR 95, 470.

7) AcP 153, 11.

nur insoweit entsprechend anwenden, als der äußere Tatbestand einer externen Bevollmächtigung vom Geschäftsherrn veranlaßt wurde. Bei der internen Scheinvollmacht dagegen müsse der Schutz des Geschäftsunfähigen hinter dem Vertrauensinteresse zurücktreten, da bei ihr der Dritte keine Gelegenheit habe, die Geschäftsfähigkeit des Vertretenen zu überprüfen.

Diese Unterscheidung zwischen der internen und der externen Scheinvollmacht ist wenig sachgerecht und mit den in den §§ 104 ff BGB getroffenen Wertungen nicht vereinbar. Das Gesetz differenziert nämlich in den §§ 104 ff BGB nicht danach, ob der Geschäftspartner in der Lage war, die fehlende Geschäftsfähigkeit zu erkennen. Zwar kann der Geschäftspartner überprüfen, ob der Erklärende minderjährig oder wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, aber häufig ist es für ihn unerkennbar, ob eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Ziff.2 BGB) vorliegt. Trotzdem wird der Schutz des Geschäftsunfähigen vom Gesetz ausnahmslos als vorrangig angesehen. Das von Demelius aufgestellte Unterscheidungskriterium ist daher nicht haltbar.

Aber auch die §§ 827 ff BGB können auf die Veranlassung des Rechtsscheins nicht analog angewandt werden, da die Anscheinsvollmacht nicht einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch gewährt. Außerdem wäre es für den Geschäftsverkehr unerträglich, in jedem Einzelfall auf die konkrete Urteilsfähigkeit des Vollmachtgebers abzustellen, wie eine Analogie zu § 828 II BGB nahelegen würde. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generelle Regelung der Zurechenbarkeit erforderlich.¹⁾

1) Dies verkennt Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S.117, wenn er bei der Weggabe einer Sache durch einen nicht voll Geschäftsfähigen eine Annäherung an die Grundsätze des Deliktsrechts (§ 828 II BGB) empfiehlt; ebenso Baur, Sachenrecht, § 52 V 2 b.

Eine solche generelle Regelung würde erreicht, wenn man die Grundsätze, die von der h.M. für die Veranlassung des Rechtsscheins im Mobiliarsachenrecht entwickelt worden sind, auf die Anscheinsvollmacht übertragen würde. Die h.M.¹⁾ bewertet nämlich die Weggabe einer Sache durch einen Geschäftsunfähigen generell als Abhandenkommen, während sie in der Weggabe durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person stets eine willentliche Veranlassung des Rechtsscheins sieht. Da sowohl die Anscheinsvollmacht als auch die §§ 932 ff BGB der Kategorie der Rechtsscheinshaftung angehören, die den Schutz des gutgläubigen Dritten bezweckt, könnte man eine Analogie in Erwägung ziehen.

Gegen eine Analogie spricht aber, daß die h.M., die nur bei der Weggabe durch einen Geschäftsunfähigen ein Abhandenkommen bejaht, ohne konkrete Anhaltspunkte im Gesetz entwickelt wurde und daher im Schrifttum auch nicht unangefochtene Geltung erlangt hat.²⁾ Auch darf nicht übersehen werden, daß die Anscheinsvollmacht, was den Vertrauenstatbestand und die Rechtsfolgen anbetrifft, dem rechtsgeschäftlichen Bereich näher steht als dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen. Denn bei der Anscheinsvollmacht liegt stets der objektive Erklärungsstatbestand einer Bevollmächtigung vor, es fehlen bei ihr nur die subjektiven Voraussetzungen der Willenserklärung.

Wenn Düringer-Hachenburg-Hoeniger³⁾ und Oertmann⁴⁾ die Anwendung der §§ 104 ff auf die Anscheinsvollmacht ablehnen,

-
- 1) Vergl.: Motive, Bd. III, S. 348; OLG Hamburg, OLGE 43, 325; Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; Wolff-Raiser, §§ 11 I; 69 I; von Staudinger-Berg, § 935 Anm. 8.
- 2) Wellspacher, S. 20; von Tuhr, Bd. II, 1, S. 361, Anm. 175; Canaris, AcP 165, 18; Flume, Allg. Teil, S. 212 f, wollen auch bei der Besitzübertragung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen § 935 BGB anwenden.
- 3) Vor §§ 48 ff HGB, Anm. 48.
- 4) ZHR 95, 470.

weil es sich bei der Anscheinsvollmacht um Rechtsscheinwirkungen, nicht aber um privatautonome Rechtsfolgen handelt, so halte ich diese Argumentation für methodisch verfehlt. Die Feststellung, daß bei der Anscheinsvollmacht keine Willenserklärung vorliegt, schließt nur die unmittelbare Anwendung der §§ 104 ff BGB aus, besagt aber nichts darüber, ob die Wertentscheidung der §§ 104 ff BGB auch für die Anscheinsvollmacht maßgeblich ist. Auch kann aus der gesetzlichen Sonderregelung in §§ 8 I; 682 BGB nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß nur für die Rechtshandlungen der Wohnsitzbegründung und der Geschäftsführung ohne Auftrag Geschäftsfähigkeit notwendig ist, da den §§ 8 I; 682 BGB der für ein *argumentum e contrario* erforderliche Ausschließlichkeitscharakter fehlt.

Aus den §§ 104 ff BGB ergibt sich die gesetzliche Wertung, daß der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen gegenüber dem Vertrauensschutz der Allgemeinheit vorrangig ist.¹⁾ Da die Anscheinsvollmacht im Vertrauensschutzgedanken ihren Ursprung hat, liegt es nahe, das in den §§ 104 ff BGB enthaltene Rangverhältnis auf die Anscheinsvollmacht zu übertragen. Hierfür könnte auch eine Analogie zu § 179 III 2 BGB sprechen. Nach dieser Vorschrift ist die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ausgeschlossen, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Die analoge Anwendung des § 179 III 2 BGB setzt eine partielle Strukturgleichheit zwischen den Tatbeständen der Anscheinsvollmacht und der Vertretung ohne Vertretungsmacht voraus, die essentiell so bedeutsam sein muß, daß eine Gleichbehandlung teleologisch gerechtfertigt ist.²⁾ Die Tatbestän-

1) RGZ 120, 170; 145, 159; Erman-Westermann, vor §§ 104 ff, Anm. 5; Westermann, JuS 1963, 2; Canaris, AcP 165, 18.

2) Zu den rechtslogischen und teleologischen Voraussetzungen des Analogieschlusses vergl.: Heck, AcP 112, 194; Engisch, S. 142 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 287 ff; Heller, S. 75 ff.

de der Vertretung ohne Vertretungsmacht und der Anscheinsvollmacht unterscheiden sich nur dadurch, daß in § 179 BGB der Rechtsschein der Bevollmächtigung vom Vertreter, bei der Anscheinsvollmacht dagegen vom Geschäftsherrn hervorgehoben wird. Die Haftung beruht in beiden Fällen auf dem Vertrauensprinzip, so daß nur der gutgläubige Geschäftspartner geschützt wird. Auch in den Rechtsfolgen besteht eine teilweise Übereinstimmung, da nach § 179 I BGB bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht ebenfalls eine Erfüllungshaftung eintreten kann.

Wegen der weitgehenden Kongruenz der Tatbestände und der Gleichheit der ratio legis ist daher die gesetzliche Wertung des § 179 III 2 BGB auch für die Anscheinsvollmacht verbindlich.¹⁾ Dies bedeutet, daß aus einer Bevollmächtigung durch einen Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen, die nach § 105 I BGB nichtig bzw. nach § 111,1 BGB unwirksam ist,²⁾ keine Anscheinsvollmacht entstehen kann.

b) Mentalreservation, Scheingeschäft, Scherzerklärung

Der durchschaute Vorbehalt, das Scheingeschäft und die Scherzerklärung können im Rahmen der Zurechenbarkeit zusammen behandelt werden, da für alle drei Fälle das bewußte Fehlen des Geschäftswillens kennzeichnend ist. Was die Zurechnungsvoraussetzungen anbetrifft, besteht ein enger Zusammenhang zwischen der nach §§ 116,2; 117 I; 118 BGB nichtigen Bevollmächtigung und den gesetzlichen Rechtsscheinstatbeständen der §§ 171 f; 405; 932 ff BGB, bei denen eine bewußte Veranlassung des Rechtsscheins erforderlich ist. Die §§ 116 ff BGB korrespondieren auch mit § 179 I BGB, wo

1) Vergl. auch Canaris, NJW 1964,1988, der § 179 III 2 BGB bei der Haftung aus culpa in contrahendo analog anwenden will.

2) Vergl. oben S.50/51 ff d.Arb.

der Vertreter ohne Vertretungsmacht vom Mangel der Vertretungsmacht Kenntnis hat.¹⁾ Die Zurechnungserfordernisse der Anscheinsvollmacht werden daher durch die nach §§ 116,2; 117 I ; 118 BGB nichtige Bevollmächtigung erfüllt.

Der Problemstellung der vorliegenden Arbeit kommt aber bei der nach §§ 116,2; 117 I BGB nichtigen Bevollmächtigung keine große Bedeutung zu, da hier der Vertrauensschutzgedanke bereits im Tatbestand der Willenserklärung verwirklicht ist.²⁾ Die Außenvollmacht ist nämlich nach §§ 116,2; 117 I BGB nur nichtig, wenn der Geschäftspartner den Vorbehalt durchschaut oder dem Scheincharakter der Erklärung zustimmt.³⁾ Wegen der fehlenden Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners scheidet eine Anscheinsvollmacht in diesen Fällen aus.

Die Entstehung einer Anscheinsvollmacht kommt in den §§ 116,2; 117 I BGB nur bei der internen Bevollmächtigung in Betracht, da diese bereits nichtig ist, wenn der Vertreter den Vorbehalt kennt oder mit dem Scheincharakter der Erklärung einverstanden ist.⁴⁾ Der gutgläubige Geschäftspartner wird aber bei der nach §§ 116,2; 117 I BGB nichtigen Innenvollmacht nicht stets durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht geschützt, wie von Staudinger-Coing⁵⁾ und Demelius⁶⁾ annehmen. Denn die interne Bevollmächtigung, die nicht nach §§ 171 f BGB kundgegeben wurde, reicht als Vertrauensbasis für eine Anscheinsvollmacht in der Regel nicht aus, da ihre Erteilung für den Geschäftspartner nicht erkennbar ist und daher durch sie kein schutzwürdiges Vertrauen erweckt wird.⁷⁾ Nur wenn der Vertreter auf Grund der nichti-

1) Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S.204.

2) Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.591.

3) Vergl.oben S.59,60 u.61 d.Arb.

4) Vergl.oben S.55 ff; 60 ff d.Arb.

5) § 117, Anm.10 d.

6) AcP 153,10.

7) Vergl. oben S.106/107 ff d.Arb.

gen Innenvollmacht wiederholt für den Geschäftsherrn tätig oder mit einer Stellung betraut wird, mit der nach der Verkehrsanschauung Vertretungsmacht verbunden ist, entsteht für den Geschäftspartner der Rechtsschein der Bevollmächtigung. Diese Voraussetzungen lagen in der BGH-Entscheidung NJW 1966, 1915 vor, in welcher der Bundesgerichtshof rechtsirrtümlich davon ausging, eine unter einem geheimen Vorbehalt erteilte interne Bevollmächtigung sei nur dann nach § 116,2 BGB nichtig, wenn auch der Geschäftspartner den Vorbehalt durchschaue. Der Entscheidung ist daher unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht zuzustimmen.

c) Irrtum

Beim Irrtum nach §§ 119; 120 BGB taucht die Frage der Entstehung einer Anscheinsvollmacht nur auf, wenn die Bevollmächtigung fristgerecht gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner¹⁾ angefochten worden ist, da erst durch die Anfechtung die rechtsgeschäftliche Regelung hinfällig wird. Im folgenden ist aber zu erörtern, ob durch einen Irrtum nach §§ 119; 120 BGB die für die Anscheinsvollmacht erforderliche Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes aufgehoben wird. Dies könnte deshalb naheliegen, weil die gesetzlich geregelten Rechtsscheinstatbestände der §§ 171 f BGB - wie bereits aufgezeigt wurde²⁾ der Anfechtung unterliegen. Die engen Voraussetzungen der §§ 171 f BGB sind aber durch die im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht erheblich ausgeweitet worden. Nach der Rechtsprechung zur Anscheinsvollmacht ist der Rechtsschein der Bevollmächtigung dem Geschäftsherrn bereits dann zurechenbar, wenn er das Handeln seines

1) Vergl. hierzu S.40/41 ff d.Arb.

2) Vergl. S.10/23 ff d.Arb.

Vertreters überhaupt nicht kannte, es aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und verhindern konnte.¹⁾

Aus dieser in der Rechtsprechung gebräuchlichen Formulierung wird im Schrifttum²⁾ vielfach die verfehlte Schlussfolgerung gezogen, daß bei der Anscheinsvollmacht nicht das Veranlassungsprinzip, sondern das Verschuldensprinzip maßgeblich sei. Wäre diese Ansicht richtig, so könnte dem Geschäftsherrn im Rahmen der Anscheinsvollmacht nur ein schuldhafter Irrtum zugerechnet werden, während der schuldlose Irrtum den Geschäftsherrn lediglich zum Ersatz des negativen Interesses gemäß § 122 BGB verpflichten würde. Die kraft der Anscheinsvollmacht eintretende Erfüllungshaftung hätte also letztlich ihren Grund im schuldhaften Handeln des Geschäftsherrn. Diese Konsequenzen zeigen, daß für die Anscheinsvollmacht das Verschuldensprinzip nicht maßgeblich sein kann. Denn das Gesetz gestattet die Anfechtung, auch wenn der Irrtum auf grober Fahrlässigkeit beruht, verpflichtet den Erklärenden aber zum Ersatz des Vertrauensinteresses, selbst wenn der Irrtum nicht schuldhaft ist. Da das Schuldmoment bei der Irrtumsregelung keine Rolle spielt, kann es auch bei der Beantwortung der Frage, ob aus einer irrtumsbedingten Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht entstehen kann, nicht als Abgrenzungskriterium verwertet werden.

Die Lösung der vorliegenden Problematik kann vielmehr nur über das Veranlassungsprinzip erfolgen. Wie der Erklärende in § 122 BGB für den von ihm veranlaßten Vertrauenstatbestand unabhängig vom Verschulden verantwortlich ist, so ist auch im Rahmen der Anscheinsvollmacht der irrtümlich veranlaßte Rechtsschein dem Geschäftsherrn zurechenbar. Aus der Regelung in § 122 BGB kann der gesetzliche Grundgedanke ent-

1) Vergl. die Nachweise in Anm.4, S.71 d.Arb.

2) Vergl. oben S.89, Anm.1 d.Arb.

nommen werden, daß durch die Zerstörung der rechtsgeschäftlichen Basis die Verantwortlichkeit für den irrtümlich herbeigeführten Vertrauenstatbestand nicht aufgehoben wird.¹⁾ Dieser Grundgedanke kommt auch in dem Satz zum Ausdruck, daß die irrtumsbedingte Besitzübertragung einen gutgläubigen Erwerb nicht ausschließt.²⁾ Das Risiko des Irrtums hat seinen Ursprung in der Machtsphäre des Irrenden und muß diesem daher in den Fällen der Rechtsscheinshaftung zugerechnet werden. Die irrtumsbedingte Bevollmächtigung erfüllt somit stets die Zurechnungsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht.

d) Arglistige Täuschung

Bei der Erörterung der Frage, ob aus einer wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht entstehen kann, müssen wir uns daran erinnern, daß die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung wegen arglistiger Täuschung bei Gutgläubigkeit des Geschäftspartners stark eingeschränkt ist. So ist die externe Bevollmächtigung und die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung nur dann anfechtbar, wenn der Geschäftspartner die arglistige Täuschung verübt hat bzw. die Täuschung eines "Dritten" kannte oder kennen mußte.³⁾ Da das BGB bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung dem Vertrauensgrundsatz gefolgt ist, bleibt für eine Anscheinsvollmacht nur Raum bei der internen Bevollmächtigung. Die Innenvollmacht kann nämlich trotz Gutgläubigkeit des Geschäftspartners angefochten werden, wenn der Vertreter den Geschäftsherrn arglistig getäuscht hat, bzw. von der Täuschung durch einen "Dritten" wußte oder

1) Vergl.: Ballerstedt, AcP 151, 507 f; Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S. 111; Hübner, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 386 ff, 390.

2) RGZ 101, 225; Planck-Brodmann, § 935 Anm. 2; Westermann, Sachenrecht, § 49 I 3; Wolff-Raiser, § 15, Anm. 7; Lehmann-Hübner, § 27 II 2 d.

3) Vergl. oben S. 29 ff; 39 ff d. Arb.

wissen mußte.¹⁾

Durch die interne Bevollmächtigung wird aber im Regelfall nur das Vertrauen des Vertreters in Anspruch genommen, so daß es bei ihr an dem für die Anscheinsvollmacht erforderlichen Vertrauensstatbestand fehlt, da die Erteilung der Innenvollmacht für den Geschäftspartner nicht ersichtlich ist. Das Vertrauen des Geschäftspartners wird durch eine interne Bevollmächtigung - von der Vollmachtsgabe nach §§ 171 f BGB einmal abgesehen - nur dann erweckt, wenn dem Vertreter eine Stellung übertragen wird, die nach der Verkehrsanschauung Vertretungsmacht begründet, oder der Vertreter über einen längeren Zeitraum für den Geschäftsherrn tätig wird.²⁾ Unter diesen Voraussetzungen kommt durch eine interne Bevollmächtigung auch eine Vertrauensbeziehung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner zustande. Diese Vertrauensbeziehung kann durch die Anfechtung der Innenvollmacht, die bei Bösgläubigkeit des Vertreters zulässig ist, schon deshalb nicht zerstört werden, da der Vertreter im Hinblick auf das Vertrauensverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB ist. Die Anfechtung der internen Bevollmächtigung wegen arglistiger Täuschung ist daher nicht - wie Flume³⁾ annimmt - bei Gutgläubigkeit des Geschäftspartners ausgeschlossen, wohl aber kann der Geschäftsherr unter den aufgezeigten Voraussetzungen kraft Anscheinsvollmacht verpflichtet werden.

e) Drohung

Mit der Frage, ob die wegen Drohung angefochtene Bevollmächtigung die Zurechnungsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht

1) Vergl. S. 31 ff d. Arb.

2) Vergl. S. 107 ff d. Arb.

3) Allg. Teil, S. 546, 872.

erfüllt, wird der Problemkreis angeschnitten, welche Bedeutung der Drohung in den Fällen des veranlaßten Rechtsscheins zukommt. Dieser Problemkreis ist vor allem im Rahmen des § 935 BGB erörtert worden. Die h.M.¹⁾ verneint hier ein Abhandenkommen, wenn die Besitzübergabe durch Drohung veranlaßt wurde, da für die Freiwilligkeit der Übergabe nicht der rechtsgeschäftliche, sondern der tatsächliche Wille maßgeblich sei. Heck²⁾ und Westermann³⁾ dagegen wenden die in § 123 BGB enthaltene Wertung auch auf die Besitzübergabe an und halten daher einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 935 BGB für ausgeschlossen.⁴⁾

Da die Anscheinsvollmacht in engem Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen Verkehr steht, liegt die Beachtlichkeit der Drohung bei der Anscheinsvollmacht näher als beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen. Um so mehr überrascht es, daß die h.M.⁵⁾ die Kundgabe der Bevollmächtigung gemäß §§ 171 f BGB generell für unanfechtbar hält, ohne zwischen Irrtum und Drohung zu differenzieren. Als Begründung für den völligen Ausschluß der Anfechtbarkeit verweist sie darauf, daß durch die Vollmachtskundgabe ein Rechtsschein hervorgeufen werde, der durch Anfechtung nicht rückwirkend beseitigt werden könne. Hierbei beachtet sie nicht, daß das Rechts-

1) Vergl.: Motive, Bd. III, S. 348; OLG Hamburg, OLGE 10, 137; RGZ 101, 225; BGHZ 4, 34 f; BGH NJW 1953, 1506 mit Anm. von Hoche; Wellspacher, S. 21; Planck-Brodmann, § 935 Anm. 2; Wolff-Raiser, §§ 11 I; 15 Anm. 7; Lehmann-Hübner, § 27 II 2 d; Soergel-Oechßler, § 935, Anm. 3.

2) Sachenrecht, § 60, 5.

3) Sachenrecht, § 49 I 3.

4) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S. 113, begründet dieses Ergebnis mit dem Prinzip der Gefahrbeherrschung; vergl. auch Baur, Sachenrecht, § 52 V 2 b.

5) Vergl. die Literaturnachweise auf S. 17, Anm. 1, 2, u. 3. d. Arb.

scheinsprinzip durch das Veranlassungsprinzip begrenzt wird und daher untersucht werden muß, ob der durch eine Drohung veranlaßte Scheintatbestand dem Geschäftsherrn noch zugerechnet werden kann. Die Entscheidung dieser Frage kann nicht im Wege der Deduktion aus dem Veranlassungsprinzip abgeleitet werden, vielmehr muß geprüft werden, ob die dem § 123 BGB zugrunde liegende Wertung auch bei der Anscheinsvollmacht zutrifft.

Die Drohung sieht das Gesetz als einen so schwerwiegenden Eingriff in die Willensfreiheit an, daß es dem Drohenden ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht gewährt, ohne mit der Anfechtung eine Schadensersatzpflicht zu verknüpfen. Im Gegensatz zum Irrtum nach §§ 119, 120 BGB, wo der gutgläubige Erklärungsempfänger gemäß § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens verlangen kann, und zur arglistigen Täuschung, wo bei Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers die Anfechtung sogar gänzlich ausgeschlossen ist, genießt der Erklärungsempfänger bei der Drohung keinerlei Vertrauensschutz. Der Schutz des Bedrohten wird - ebenso wie der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen - vom BGB höher bewertet als der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers. Dieses Rangverhältnis darf nicht unberücksichtigt bleiben, wenn der Rechtsschein der Bevollmächtigung durch Drohung veranlaßt wurde. Denn auch hier kollidiert das Vertrauensinteresse des Geschäftspartners mit dem Interesse des bedrohten Vollmachtgebers. Wegen der Gleichheit des Interessenkonflikts ist daher die in § 123 BGB getroffene Wertentscheidung auch für die Anscheinsvollmacht verbindlich. Da der durch Drohung veranlaßte Vertrauenstatbestand dem Geschäftsherrn somit nicht zurechenbar ist,¹⁾ kommt bei einer wegen Drohung angefochtenen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht nicht in Betracht.

1) Anderer Ansicht, aber ohne Begründung: Albrecht, S. 88; Würdinger in Großkomm. HGB, vor §§. 48 ff HGB Anm. 13.

f) Nichtigkeit gemäß §§ 125, 134, 138 BGB

Die Bevollmächtigung, die gemäß §§ 125, 134, 138 BGB nichtig ist, enthält dagegen das für die Anscheinsvollmacht erforderliche Zurechenbarkeitsmoment, da in diesen Fällen trotz der Nichtigkeit der Bevollmächtigung eine willentliche Veranlassung des Rechtsscheins vorliegt, wie die Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit der Übereignung nicht ein Abhandenkommen bedingt, so schließt die Nichtigkeit der Bevollmächtigung gemäß §§ 125, 134, 138 BGB die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nicht aus.

Die Frage der Entstehung einer Anscheinsvollmacht ist jedoch bei der Gesetzes- bzw. sittenwidrigen Bevollmächtigung weitgehend ohne praktische Bedeutung, da die Nichtigkeit der Bevollmächtigung vielfach eine Folge der Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit des Vertretergeschäftes ist.¹⁾ Durch die Anscheinsvollmacht kann aber nur der Mangel der Bevollmächtigung ersetzt werden, nicht kann die Anscheinsvollmacht Mängel des Vertretergeschäftes heilen.

Nur bei der internen Bevollmächtigung kommt eine Anscheinsvollmacht in Betracht, da hier die Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit des Grundverhältnisses häufig auch die Bevollmächtigung ergreift.²⁾ Der Schutz, der dem gutgläubigen Geschäftspartner durch die §§ 171 f BGB zuteil wird, erfährt bei der Innenvollmacht daher eine Ergänzung durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht.³⁾ Jedoch muß beachtet werden, daß die nichtige Innenvollmacht nicht stets eine hinreichende Rechtsscheinsbasis bildet, sondern nur dann, wenn der Vertreter wiederholt für den Geschäftsherrn tätig wird oder

1) Vergl. S. 67 ff d. Arb.

2) Vergl. S. 68 f. Arb.

3) Jacobi, KrVJ Schr 49, 109.

andere vertrauensbegründende Anhaltspunkte gegeben sind.¹⁾

Die formnichtige Bevollmächtigung erfüllt zwar die Zu rechnungsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht, doch ergeben sich bei ihr - wie sich noch zeigen wird - wichtige Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt der Gutgläubigkeit.

3. Ursächlichkeit des Rechtsscheins

Der Geschäftspartner wird bei einer nichtigen Bevollmächtigung durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht nur dann geschützt, wenn er im Vertrauen auf den Rechtsschein gehandelt hat.²⁾ Ein Schutz entfällt daher, wenn der Geschäftspartner beim Vertragsabschluß die Bevollmächtigung gar nicht gekannt, sondern allein auf die Angaben des Vertreters vertraut hat. Eine solche Möglichkeit ist zwar bei der externen Bevollmächtigung theoretisch denkbar, da die Bevollmächtigung gemäß § 130 I BGB bereits mit dem Zugang wirksam wird, praktisch aber wird es kaum vorkommen, daß der Geschäftspartner keine Kenntnis von der Vollmacht hatte.

Bei der internen Bevollmächtigung dagegen ist es nicht ausgeschlossen, daß dem Geschäftspartner der durch das wiederholte Handeln des Vertreters hervorgerufene Rechtsschein unbekannt geblieben ist. Hier muß der Geschäftspartner daher seine Kenntnis vom Anscheinstatbestand nachweisen. Gelingt ihm dieser Beweis, so wird die Ursächlichkeit des Rechtsscheins für den Geschäftsabschluß vermutet.³⁾

Zweifelhaft ist, ob bei der Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung auf den Kausalitätsnachweis verzichtet werden kann. Hierfür spricht, daß bei der Vollmachtskund-

1) Vergl. S. 107 ff d. Arb.

2) Vergl. S. 91 ff d. Arb.

3) Vergl. S. 91 ff d. Arb.

gabe durch öffentliche Bekanntmachung (§ 171 BGB) der Geschäftspartner nach h.M.¹⁾ auch dann geschützt wird, wenn er von der Vollmachtskundgabe keine Kenntnis hatte. Das Gesetz enthält nämlich keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Geschäftspartner im Vertrauen auf die öffentliche Bekanntmachung gehandelt haben muß. Der Schutz des § 171 BGB greift aber nur beim Nichtentstehen oder Erlöschen der internen Bevollmächtigung ein. Vorliegend geht es jedoch um die Frage, ob der Geschäftspartner auch dann geschützt wird, wenn die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung angefochten oder aus einem anderen Grunde nichtig ist. Dieser Fall ist im Gesetz nicht geregelt, so daß auch der in § 171 BGB enthaltene Kausalitätsverzicht hier nicht verbindlich ist. Da die Ergänzung der §§ 170 ff BGB durch die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht auf dem Vertrauensgrundsatz beruht, ist ein Schutz des Geschäftspartners nicht erforderlich, wenn ihm die öffentliche Bekanntmachung unbekannt geblieben ist. Denn die Rechtsscheinshaftung tritt grundsätzlich nur dann und nur in dem Umfang ein, "als dies das Bedürfnis nach Schutz des Vertrauens im geschäftlichen Verkehr erfordert".²⁾ Aus diesem Grunde verlangt auch die h.M.³⁾ im Handelsrecht in den Fällen der gewohnheitsrechtlichen Erweiterung des Gutgläubensschutzes den Beweis der Ursächlichkeit des Rechtsscheins, obwohl die gesetzlich geregelten Rechtsscheinstatbestände einen solchen Beweis nicht voraussetzen.

1) Wellspacher, S.86; Macris, S.157; von Staudinger-Coing, §§ 171, 172 Anm.4; Kuhn im RGRK, § 171 Anm.1; von Hößlin, S.16; anderer Ansicht: Hupka, Die Vollmacht, S.420 f.

2) So BGHZ 17, 16.

3) Vergl.: Hueck, Arch BR 43, 439; Larenz, JW 1934, 224; Schlegelberger-Hildebrandt, § 15 HGB, Anm.7; Würdinger in Großkomm. HGB, § 15, Anm.23 c; BGHZ 17, 13; 23, 234.

Wie der Geschäftspartner nicht schutzbedürftig ist, wenn ihm der Rechtsschein der Bevollmächtigung unbekannt geblieben ist, so ist ein Schutz des Geschäftspartners auch dann nicht erforderlich, wenn er die Nichtigkeit der Bevollmächtigung kannte oder kennen mußte.¹⁾ Bei der angefochtenen Bevollmächtigung ist die Entstehung einer Anscheinsvollmacht gemäß § 142 II BGB bereits dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftspartner von der Anfechtbarkeit Kenntnis hatte oder haben mußte. Obwohl also bei der Anscheinsvollmacht schon leichte Fahrlässigkeit schadet, ist der Geschäftspartner aber grundsätzlich nicht verpflichtet, die Wirksamkeit der Bevollmächtigung zu überprüfen, da durch eine solche allgemeine Erkundigungspflicht der mit der Anscheinsvollmacht bezweckte Schutz weitgehend ausgehöhlt würde.²⁾ Vielmehr besteht für den Geschäftspartner nur dann eine Nachprüfungspflicht, wenn besondere Umstände die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit der Bevollmächtigung nahelegen. Entsprechend den gesetzlich geregelten Rechtsscheinstatbeständen wird auch bei der Anscheinsvollmacht die Gutgläubigkeit des Geschäftspartners vermutet. Der Vollmachtgeber muß daher die Bösgläubigkeit des Geschäftspartners beweisen.

Diese allgemeinen Ausführungen sollen am Beispiel der formnichtigen Bevollmächtigung näher erläutert werden, da die Frage, inwieweit der Geschäftspartner bei einer formnichtigen Bevollmächtigung Vertrauensschutz genießt, die Rechtsprechung vielfach beschäftigt hat. Ausgangspunkt der Erörterung soll folgender Sachverhalt sein:³⁾

1) Vergl. oben S.95 ff d.Arb.

2) Vergl. die Nachweise in Anm.4, S.95 d.Arb.

3) Der Sachverhalt der Entscheidung BGH IM § 173 BGB Nr.1 wird im folgenden leicht abgewandelt.

Die Beklagte hatte dem A eine unwiderrufliche Vollmacht zur Grundstücksveräußerung erteilt. Die Bevollmächtigung war auch notariell beurkundet worden, jedoch war bei der Beurkundung ein Fehler unterlaufen. Der Notar hatte es nämlich entgegen der Vorschrift des § 177 I 2 FGG versäumt, in die Urkunde die Feststellung der Verlesung, Genehmigung und Unterschrift aufzunehmen. Unter Vorlage der Vollmachtsurkunde in der die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung erwähnt war, verkaufte A das Grundstück formgerecht an den Kläger.

Nach der Rechtsprechung¹⁾ wird in diesem Fall der Kläger nicht geschützt, da aus der Vollmachtsurkunde die Unwiderruflichkeit der Vollmacht und damit ihre Formnichtigkeit hervorgeht. Formelle und materielle Mängel der Bevollmächtigung, die aus der Vollmachtsurkunde zu ersehen sind, muß der Geschäftspartner stets gegen sich gelten lassen.

"Auf seine Rechtsunkenntnis oder seinen rechtlichen Irrtum, die ihn verhindert haben, die rechtlichen Folgerungen aus den ihm bekannt gewordenen Rechtstatsachen zu ziehen, kann er sich zu seiner Entschuldigung nicht berufen".²⁾ Als Begründung verweist das Reichsgericht³⁾ darauf, daß durch die §§ 171 f BGB der Geschäftspartner nur vor Mängeln der internen Bevollmächtigung geschützt werde, indem die Vollmachtskundgabe ihm gegenüber als selbständige Bevollmächtigung gelte. Mängel, die der Vollmachtskundgabe unmittelbar anhaften, müsse sich der Geschäftspartner daher stets entgegenhalten lassen. Das Reichsgericht lehnt also einen Vertrauensschutz ab, wenn aus der Vollmachtsurkunde die Unwiderruflichkeit der Vollmacht ersichtlich ist, bejaht aber

1) RGZ 108,125 =SeuffA 78,273; RG Gruchot 68,543 f; RG JW 1931,522; HRR 1932,703.

2) So RGZ 108,128.

3) Gruchot 68,544.

einen Schutz des Geschäftspartners, wenn die Unwiderruflichkeit in der Vollmachtskundgabe nicht erwähnt ist. Im oben angeführten Fall ist daher die Formnichtigkeit der Vollmacht unschädlich, wenn im Text der Vollmachtsurkunde das Wort "unwiderruflich" nicht enthalten ist und dem Geschäftspartner die Unwiderruflichkeit der Vollmacht auch nicht anderweitig bekannt geworden ist oder erkennbar war.¹⁾

Bei der Bevollmächtigung, deren Formnichtigkeit auf der Befreiung vom Verbot des § 181 BGB beruht,²⁾ wird aber die obige Differenzierung von der Rechtsprechung nicht vorgenommen. Auch wenn die Befreiungsklausel aus der Vollmatskundgabe ersichtlich ist, soll ein Schutz des Geschäftspartners nicht ausgeschlossen sein.³⁾ Aus der Ermächtigung zum Selbstkontrahieren könne nämlich der Geschäftspartner die Formnichtigkeit der Bevollmächtigung nicht entnehmen.

Diese Unterscheidung zwischen der Formnichtigkeit wegen Unwiderruflichkeit und der Formnichtigkeit wegen Befreiung vom Verbot des § 181 BGB ist sachlich nicht gerechtfertigt, worauf bereits Gottschalk⁴⁾ und Müller-Freienfels⁵⁾ mit Recht aufmerksam gemacht haben. Denn in beiden Fällen kann der Geschäftspartner die Umstände, aus denen sich die Formnichtigkeit der Bevollmächtigung ergibt, aus der Vollmachtsurkunde ersehen. Wenn der Geschäftspartner aus den ihm bekannten Tatsachen nicht die Formnichtigkeit der Bevollmächtigung folgert, so kann, nicht aber muß sein Rechtsirrtum schuldhaft sein.

1) So BGH LM § 173 BGB Nr.1.

2) Vergl.S.65/66 f d.Arb.

3) RG JR 1925,1002; RG Recht 1928, Nr.516; RG JW 1929,1968 mit zustimmender Anmerkung von Rosenberg in JW 1929, 2943.

4) JW 1929, 1942 f.

5) S.287.

Auch ist es verfehlt, den Schutz des Geschäftspartners davon abhängig zu machen, ob die Unwiderruflichkeit aus der Vollmachtsurkunde hervorgeht.¹⁾ Der Geschäftspartner ist nämlich auch dann schutzbedürftig, wenn er die Formnichtigkeit infolge mangelnder Rechtskenntnis nicht erkannt hat und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Zwar weist das Reichsgericht mit Recht darauf hin, daß der Geschäftspartner durch die §§ 171 f BGB nur vor Mängeln der internen Bevollmächtigung geschützt wird,²⁾ doch übersieht es, daß die begrenzte Schutzfunktion der §§ 171 f BGB durch die Entwicklung der Anscheinsvollmacht illusorisch geworden ist. Nach der Lehre von der Anscheinsvollmacht kann der Mangel der Vollmacht dem gutgläubigen Geschäftspartner stets dann nicht entgegengehalten werden, wenn der Geschäftsherr den Rechtschein der Bevollmächtigung zurechenbar veranlaßt hat. Die Frage, inwieweit der Geschäftspartner bei einer formnichtigen Bevollmächtigung Vertrauensschutz genießt, kann daher nur unter Zugrundelegung der Lehre von der Anscheinsvollmacht sachgerecht entschieden werden.

Wie wir gesehen haben,³⁾ soll durch die Anscheinsvollmacht der Geschäftspartner vor den Gefahren, die mit der Einschaltung von Vertretern verbunden sind, geschützt werden. Aus diesem Zweckgedanken ergibt sich bereits, daß eine Anscheinsvollmacht ausscheidet, wenn der Vertreter, der von der Beschränkung des § 181 BGB befreit worden ist, den Grundstückskaufvertrag mit sich selbst abschließt. Denn hier fehlt es an dem für die Vertretungsverhältnisse typischen Risiko, für das die Anscheinsvollmacht einen Ausgleich dar-

1) Vergl.: RGRK (Wilde), § 313, Anm.52.

2) Vergl.: oben S.24 ff; 49 ff d.Arb.

3) Vergl. oben S.70/71 d.Arb.

stellt. Die Berufung auf den Formmangel der Bevollmächtigung ist dem Geschäftsherrn in diesem Fall nur dann verwehrt, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt.¹⁾ Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze, die von der Rechtsprechung zur Einschränkung der Nichtigkeitsnorm des § 125 BGB entwickelt worden sind.²⁾

Der Schutz der Anscheinsvollmacht greift aber ein, wenn die formnichtige Bevollmächtigung dem Geschäftspartner kundgegeben worden ist, unabhängig davon, ob die Unwiderruflichkeit der Bevollmächtigung aus der Kundgabe ersichtlich ist oder nicht. Denn beim Erfordernis der Gutgläubigkeit kommt es nicht auf die Kenntnis der Tatsachen an, aus denen sich die Nichtigkeit der Bevollmächtigung ergibt, sondern es ist allein entscheidend, ob der Geschäftspartner die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte. Auch beim sachenrechtlichen Gutgläubensschutz ist es allgemein anerkannt, daß die Kenntnis der Umstände, aus denen das fehlende Eigentum des Veräußerers zu entnehmen ist, die Gutgläubigkeit nicht ausschließt, wenn der Erwerber aus den ihm bekannten Umständen rechtsirrtümlich falsche Schlußfolgerungen zieht.³⁾ Im Gegensatz zu § 932 BGB führt aber bei der Anscheinsvollmacht bereits ein leicht fahrlässiger Rechtsirrtum zur Bösgläubigkeit. Die Unkenntnis der Formvorschrift des § 313 BGB wird zwar in der Regel auf Fahrlässigkeit beruhen,⁴⁾ doch trifft dies für die Unkenntnis der Formbedürftigkeit der Bevollmächtigung nicht zu. Es würde nämlich eine Überspannung der Sorgfaltspflicht darstellen, wenn man verlangen würde, daß der

1) OLG München, DNotZ 1951, 31.

2) Vergl.: RGZ 107, 357; 117, 121; 170, 205; OGH 1, 217; BGHZ 107, 357; 117, 121; 170, 205; OGH 1, 217; BGHZ 12, 286; 26, 151; 29, 7; BGH NJW 1965, 812.

3) Vergl.: RG JW 1911, 96; RG Gruchot 50, 985; RGZ 91, 223; 117, 187; Erman-Westermann, § 892 Anm. 11 und § 932 Anm. 5.

4) Vergl. dazu Lorenz, JuS 1966, 435.

Geschäftspartner die fast unübersehbare Rechtsprechung zur Abgrenzung der formfreien von der formbedürftigen Bevollmächtigung kennen muß. Das Maß der erforderlichen Sorgfalt hängt vielmehr entscheidend davon ab, welcher Personengruppe der Geschäftspartner angehört.¹⁾ Es macht bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs einen Unterschied aus, ob der Erwerber eine geschäftsungewandte Privatperson oder ein versierter Kaufmann ist. Für die Frage, ob ein Rechtsirrtum fahrlässig ist, kommt es also stets auf die Umstände des Einzelfalls an.

Im obigen Beispiel ist daher eine Anscheinsvollmacht nicht ausgeschlossen, weil dem Kläger die Tatsachen, aus denen sich die Formbedürftigkeit der Bevollmächtigung ergibt, bekannt waren. Da selbst dem Notar die Verletzung der Vorschrift des § 177 I 2 FGG verborgen geblieben ist, kann dem Kläger als einem juristischen Laien die Unkenntnis der Formnichtigkeit nicht zum Vorwurf gereichen.²⁾ Er wird daher durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht geschützt.

5.

Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bei einer Vollmachtserteilung durch einen Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen, die nach § 105 I BGB nichtig bzw. nach § 111,1 BGB unwirksam ist, eine Anscheinsvollmacht ausscheidet, da es in diesen Fällen an der Zurechenbarkeit des Vertrauensstatbestandes fehlt. Dasselbe gilt für die wegen Drohung angefochtene Bevollmächtigung.

Beim durchschauten Vorbehalt, beim Scheingeschäft und bei der arglistigen Täuschung kommt die Entstehung einer Anscheinsvollmacht nur bei der internen Bevollmächtigung in Betracht. Dies setzt aber voraus, daß sich das Handeln des Vertreters über einen gewissen Zeitraum erstreckt oder andere

1) Westermann, Sachenrecht, § 46 I 2 b; Deutsch, S. 356 f.

2) Vergl.: BGH LM § 173 BGB Nr. 1.

Annaltspunkte vorliegen, die das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand der Vollmacht rechtfertigen. Unter diesen Voraussetzungen kann sich auch aus einer internen Bevollmächtigung, die nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist, eine Anscheinsvollmacht ergeben. Es zeigt sich also, daß in den Fällen der §§ 116, 2; 117 I; 123; 134; 138 BGB die Anscheinsvollmacht nur bei der Innenvollmacht Relevanz erlangt. Durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht wird erreicht, daß der gutgläubige Geschäftspartner unter Umständen auch bei Nichtigkeit der internen Bevollmächtigung geschützt wird, obwohl eine Vollmachtskundgabe nach §§ 171 f BGB nicht stattgefunden hat.

Bei der Scherzerklärung, dem Irrtum, der unrichtigen Übermittlung und der Formnichtigkeit werden dagegen die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht auch bei der externen Bevollmächtigung wirksam. Bei der formnichtigen Bevollmächtigung muß aber sorgfältig geprüft werden, ob die Unkenntnis des Geschäftspartners von der Formnichtigkeit nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

V. Bedenken gegen die Annahme einer Anscheinsvoll-
macht bei einer anfechtbaren oder nichtigen Be-
vollmächtigung

Die Feststellung, daß auch eine anfechtbare oder nichtige Bevollmächtigung unter Umständen die Tatbestandsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht erfüllt, genügt aber nicht. Das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht ist nämlich von der Rechtsprechung für den Fall entwickelt worden, daß eine Vollmacht - auch eine anfechtbare oder nichtige - überhaupt nicht vorhan-

den ist. Die Ausweitung der Anscheinsvollmacht auf die Fälle der anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung ist daher nur dann zulässig, wenn ein Widerspruch mit den normativen Wertentscheidungen des Gesetzgebers vermieden wird. Aus diesem Grunde sind im Schriftum¹⁾ gegen die Annahme einer Anscheinsvollmacht bei einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung vielfach Bedenken erhoben worden. Vor allem wird darauf hingewiesen, daß durch die Annahme einer Anscheinsvollmacht die gesetzliche Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB umgangen und die in § 179 BGB enthaltene Haftungsbegrenzung ausgeschaltet würde.

1. Wertungswiderspruch zu §§ 116 ff BGB ?

Schon Wellspacher²⁾, der als erster den Versuch unternommen hat, die §§ 171 f BGB vom Vertrauensschutzgedanken her zu begründen, hat darauf aufmerksam gemacht, daß eine sachgemäße Ausgestaltung des Vertrauensschutzes im BGB an der verfehlten Regelung der Willensmängel scheitere. Zwar seien die §§ 171 f BGB als gesetzliche Tatbestände der Scheinvollmacht unanfechtbar, doch seien auf die Vollmachtserteilung nach § 167 I BGB die allgemeinen Regeln der §§ 116 ff BGB uneingeschränkt anwendbar; eine Scheinvollmacht käme daher insoweit nicht in Betracht.³⁾ Die Tatsache, daß der gutgläubige Geschäftspartner bei der Vollmachtskundgabe einen größeren Vertrauensschutz genießt als bei der Außenvollmacht, hält Wellspacher zwar für bedenklich, meint aber, diesen Widerspruch hinnehmen zu müssen.⁴⁾

1) Vergl.: Wellspacher, S.88 ff; Goldberger, S.30; H.H.Meyer, S.25; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.620 ff; Krause, S.157 ff; Stoll, Festschrift für Lehmann, S.129; Gottsmann, S.55 f.

2) S.83 ff.

3) S.89 f.

4) S.93.

Zwischen der Ausgestaltung des Gutglaubensschutzes und der Regelung der Willensmängel bestehe nämlich ein Wertungswiderspruch. Dies werde im Recht der Stellvertretung besonders deutlich, wo neben der Mitteilung (§ 171 BGB) und der Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB) auch eine Willenserklärung (§ 170 BGB) die objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten bilde. Der Gutglaubensschutz beruhe auf dem Grundgedanken, daß der Dritte in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand rechtlich relevanter Momente zu schützen sei. "Derselbe Gedanke tritt uns aber als Postulat auch entgegen bei dem zentralen Problem des Verhältnisses von Wille und Erklärung".¹⁾ Hier sei das BGB nur bei der arglistigen Täuschung der Vertrauens Theorie gefolgt, während es in den §§ 118, 119, 120 BGB eine Regelung getroffen habe, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht im Einklang stehe.²⁾ Wegen dieser verfehlten Irrtumsregelung käme dem Vertrauensprinzip nur eine begrenzte Wirksamkeit zu.³⁾

Mit ähnlichen Argumenten wie Wellspacher wendet sich auch Manigh⁴⁾ gegen die uneingeschränkte Anerkennung der Anscheinsvollmacht. Es gehe nicht an, überall da, wo vom Geschäftsherrn der äußere Tatbestand einer Vollmacht hervorge rufen worden sei, eine unanfechtbare Scheinvollmacht anzunehmen.⁵⁾ Dadurch würde nämlich die Grundnorm des § 167 I BGB weitgehend ausgeschaltet. Rechtsschein und Vertrauensschutz seien keine Rechtsprinzipien, die dem Prinzip der Willenserklärung entgegengesetzt werden könnten, denn auch die Zurechnung einer Willenserklärung werde von den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und des Rechtsscheins beherrscht.⁶⁾

1) S. 90.

2) S. 92.

3) S. 117.

4) Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 590 ff.

5) a.a.O., S. 620.

6) a.a.O., S. 591.

"§ 167 BGB kennt aber keinen Vertrauensschutz des gutgläubigen Dritten als denjenigen, den der Tatbestand einer Willenserklärung sonst gewährt, vergl. § 116, 122, 133, 157, 179 BGB".¹⁾

Am ausführlichsten hat sich Krause²⁾ mit der Frage auseinandergesetzt, ob aus einer angefochtenen Bevollmächtigung eine Anscheinsvollmacht entstehen kann. Obwohl er der Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht auf dem Gebiet des Handelsrechts allgemeine Geltung zuerkennt,³⁾ lehnt er es ab, den gutgläubigen Geschäftspartner bei Anfechtung der Bevollmächtigung durch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht zu schützen. Eine solche Ausweitung der Anscheinsvollmacht lasse sich mit dem Rechtsscheinsprinzip nicht mehr vereinbaren und widerspreche dem geltenden Recht. Der Rechtsschein verlange nur dann rechtliche Berücksichtigung, wenn er sich verselbständige und Wirklichkeit vorspiegele. "Soweit er lediglich einer wahren Willenserklärung parallel läuft, ist er ohne Bedeutung. Er ist nur der Schatten des wirklich Bestehenden und deshalb für das Recht gleichgültig, das sich in erster Linie an die Wirklichkeit halten muß".⁴⁾ Dies zeige besonders deutlich die Ausgestaltung der Anfechtung im BGB. Hier würden die Interessen des gutgläubigen Erklärungsgegners dadurch gewahrt, daß er vom Erklärenden den Ersatz des Vertrauensschadens verlangen könne. Diese Wertung sei auch für die Bevollmächtigung verbindlich. "Das Gesetz hat den Umfang des Vertrauensschutzes bei der Anfechtung eindeutig in § 122 BGB festgelegt. Gewährt es unter anderen Voraussetzungen ein anderes und größeres Maß von Schutz, so ist das eine Sache für sich".⁵⁾

1) a.a.O., S.623; ebenso Stoll, Festschrift für Lehmann, S.129.

2) S.157 f.

3) S.155 f: die Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr begründet er mit einer Analogie zu § 56 HGB.

4) S.158.

5) S.158.

Zusätzlich weist Krause noch darauf hin, daß auch beim Zusammentreffen von echter und fingierter Willenserklärung die echte Willenserklärung gegenüber der Fiktion den Vorrang habe und der Anfechtung unterliege. Dies zeige sich deutlich beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Wenn der Kaufmann das Bestätigungsschreiben zustimmend beantwortet, so könne er diese Erklärung nach den §§ 119 ff BGB anfechten und damit die vertragliche Verpflichtung beseitigen. Hieraus folgt er, daß auch bei der gleichzeitigen Verwirklichung von rechtsgeschäftlicher Vollmacht und Scheinvollmacht der Scheinvollmacht keine rechtliche Relevanz zukomme.

Wie Krause so betont auch Gottsman¹⁾, daß die Anscheinsvollmacht mit dem in § 122 BGB enthaltenen Bewertungsmaßstab nicht vereinbar sei. Der Hinweis, daß die Anscheinsvollmacht auf einer gerechten Interessenabwägung beruhe, könne ihren Verstoß gegen § 122 BGB nicht rechtfertigen. Auch die §§ 116 ff BGB regelten einen Interessenkonflikt und diese Regelung sei auch für den Bereich der Stellvertretung maßgeblich. "Eine nur für ein Teilgebiet getroffene neue Interessenregelung würde die gesamte gesetzliche Interessenbewertung in Frage stellen".²⁾ Ein umfassenderer Schutz des Geschäftspartners im Recht der Stellvertretung könne nur durch den Gesetzgeber erfolgen.³⁾

2. Wertungswiderspruch zu § 179 BGB ?

Wie wir gesehen haben,⁴⁾ wahrt das Gesetz bei Anfechtung und Nichtigkeit der Bevollmächtigung die Interessen des gutgläubigen Geschäftspartners dadurch, daß es ihm einen Schadens-

1) S.48.

2) S.55.

3) S.56.

4) Vergl.oben S.45 d.Arb.

ersatzanspruch gegen den Vertreter zuspricht, der vom Verschulden des Vertreters unabhängig ist. Diese in § 179 BGB enthaltene Haftungsbegrenzung wird weitgehend illusorisch, wenn bei einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung dem Geschäftspartner mit Hilfe der Anscheinsvollmacht ein Erfüllungsanspruch gegen den Geschäftsherrn gewährt wird. Vor allem Albrecht¹⁾ hat darauf hingewiesen, daß die Anscheinsvollmacht mit der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht kollidiere. "Es geht mit Hilfe der Anscheinsvollmacht letztlich darum, die im Gesetz durch den § 179 BGB begründete Interessenbewertung zu umgehen und den Anspruch vom praktisch unpfändbaren Vertreter ohne Vertretungsmacht unmittelbar auf den tragfähigen Geschäftsherrn abzuwälzen".²⁾ Aus diesem Grunde vertritt sie die Ansicht, daß eine Anscheinsvollmacht ausgeschlossen sei, wenn es sich bei dem Vertreter ohne Vertretungsmacht um eine wirtschaftlich selbständige Person handelt.³⁾

Auch Fabricius⁴⁾ sieht zwischen der Haftungsnorm des § 179 BGB und dem Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht einen gewissen Widerspruch. Er verlangt daher für die Anscheinsvollmacht stets ein wiederholtes vollmachtsloses Auftreten des Vertreters, um zu verhindern, daß durch die Anscheinsvollmacht die Vorschriften der §§177ffBGB völlig umgangen werden.

1) S.35; vergl. auch H.H.Meyer, S.17.

2) S.35.

3) S.52.

4) JuS 1966,57.

VI.

Kritische Würdigung dieser Einwände

Um den Einwand zu widerlegen, daß die Annahme einer Anscheinsvollmacht mit der Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB im Widerspruch stehe, vertreten Regelsberger,¹⁾ Jacobi²⁾ und Müller-Freienfels³⁾ die Theorie von der "Doppelnatur" der Vollmacht. Durch die Vollmachtserteilung werde ein zweifacher juristischer Tatbestand geschaffen: einmal eine Willenserklärung und zum anderen der äußere Schein, daß eine Vollmacht erteilt sei. Nur die Willenserklärung sei der Anfechtung zugänglich, nicht aber der Scheintatbestand, da dieser nicht auf dem Willen des Vollmachtgebers basiere.

Diese Argumentation trifft jedoch nicht nur für die Bevollmächtigung, sondern für jede Willenserklärung zu. Denn durch jede Willenserklärung wird gleichzeitig ein Vertrauensstatbestand verwirklicht. Das Gesetz hat aber in den §§ 116 ff BGB genau geregelt, wann die Bindung an den Erklärungsschein durch die Berufung auf Willensmängel aufgehoben werden kann. So knüpft es in den §§ 118, 119, 120 BGB an den Vertrauensstatbestand die Verpflichtung des Erklärenden, dem Erklärungsempfänger das negative Interesse zu ersetzen. Warum aber bei der Vollmachtserteilung der Erklärungsschein weitergehende Rechtsfolgen auslöst, kann die Lehre von der "Doppelnatur" der Vollmacht nicht einsichtig machen. Es muß daher im folgenden versucht werden, objektive Ordnungsgesichtspunkte herauszuarbeiten, die es rechtfertigen, daß bei der Bevollmächtigung die §§ 116 ff BGB teilweise außer Kraft gesetzt werden.

1) KrVJ Schr 47, 290.

2) JW 1925, 2449.

3) S. 403.

1. Die Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB

Bezüglich des in den §§ 116 ff BGB geregelten Problembereichs der Willensmängel standen sich in der Rechtsgeschäftslehre des 19. Jahrhundert zwei Theorien unversöhnlich gegenüber. Die Willenstheorie¹⁾ hielt den Willen für das einzig Wichtige und folgerte daraus die Nichtigkeit der fehlerhaften Willenserklärung. Demgegenüber sah die Erklärungstheorie²⁾ in der Erklärung das Kernstück der Willenserklärung. Aus diesem Begriff der Willenserklärung leitete sie die Lösung her, daß nur der dem Erklärungsempfänger erkennbare Irrtum beachtlich sei. Während noch der 1. Entwurf zum BGB auf dem Boden der Willenstheorie stand und bei Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung die Willenserklärung als nichtig ansah,³⁾ nahmen die Mitglieder der 2. Kommission, deren Entwurf Gesetz geworden ist, einen erstaunlich undoktrinären Standpunkt ein. Vor der Beratung des Problemkreises der Willensmängel einigten sie sich zunächst darüber, "daß sich weder das Willensdogma noch die demselben gegenüberstehende Vertrauensmaxime (Erklärungstheorie) ohne erhebliche Modifikation durchführen lasse und daß es daher nötig sein werde, die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen, ohne zu der einen oder anderen Theorie positiv Stellung zu nehmen".⁴⁾ Bei der späteren Diskussion verwarfen die Gesetzesverfasser

1) Vergl.: von Savigny, Bd.III, S.263 ff; Windscheid, AcP 63, 72 ff.

2) Vergl.: Röver, S.17 ff; Bähr, IherJb 14,401; Bekker, KrVJ Schr 3, 194.

3) So § 98 des 1. Entwurfs.

4) Protokolle, Bd.I, S.94.

noch einmal jegliche begriffliche Regelung der Irrtumsfrage und führten aus: "So komme es lediglich darauf an, unter thunlichster Ausgleichung der widerstreitenden Interessen des Irrenden und des anderen Theiles wie auch Dritter ein den Anforderungen der Billigkeit entsprechendes Recht zu schaffen".¹⁾ Gemäß dieser Maxime ist es heute allgemein anerkannt, daß die §§ 116 ff BGB nicht als logische Schlußfolgerung einer bestimmten Auffassung von der Willenserklärung verstanden werden dürfen, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Interessenbewertung sachgerecht erfaßt werden können.²⁾

Kennzeichnend für die Regelung der §§ 116 ff BGB ist der Interessenkonflikt zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger. Dem Interesse des Erklärenden würde es entsprechen, daß eine Verpflichtung nur dann eintritt, wenn Wille und Erklärung völlig kongruent sind und seine Erklärung auch nicht von einem Motivirrtum beeinflusst wurde. Der Erklärungsempfänger dagegen will sich auf den ersichtlichen objektiven Erklärungswert der Willenserklärung verlassen können. Gemäß dem Abstraktionssystem, das dem BGB zugrunde liegt, hat das Gesetz diesen Interessengegensatz generell bewertet, ohne auf die spezifische Struktur der einzelnen Willenserklärung Rücksicht zu nehmen.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber die Interessen Dritter, die häufig durch die Wirkungen des Rechtsgeschäfts mitbetroffen werden und deshalb schutzbedürftig sind, in seine Bewertung einbezogen. Die h.M.³⁾ bejaht dies für den Fall der arglistigen Täuschung, da sie davon ausgeht, daß durch § 123 II 2 BGB das Anfechtungsrecht zum Schutz des gutgläubigen Drit-

1) Protokolle, Bd.I, S.97.

2) Vergl.: Westermann, JuS 1964, 170 ff; Enn.-Nipperdey, § 164 II 3; Lehmann-Hübner, § 34 I 2; von Staudinger-Coing, vor §§ 116 ff, Anm. 19 b; Siebert-Hefermehl, vor §§ 116 ff, Anm. 19; Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 123.

3) Vergl.: BGHZ 31, 321 ff und die oben S. 34 Anm. 1 angeführten Schrifttumsnachweise.

ten, der aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, eingeschränkt werde. Wie aber bereits¹⁾ dargelegt wurde, bezweckt § 123 II 2 BGB lediglich, die Anfechtungsmöglichkeit gegenüber dem bösgläubigen Dritten zu erweitern, nicht aber soll durch § 123 II 2 BGB das Anfechtungsrecht des arglistig Getäuschten zum Schutz des gutgläubigen Dritten eingeschränkt werden.

Wenn Brox²⁾ dagegen meint, aus der Entstehungsgeschichte des § 119 BGB ergebe sich, daß der Gesetzgeber bei der Irrtumsregelung nur die Interessen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers gesehen habe, während die Interessen Dritter nicht beachtet worden seien, so kann auch dies nicht Überzeugen. Wie bereits zitiert wurde, war es Ziel des Gesetzgebers "unter thunlichster Ausgleichung der widerstreitenden Interessen des Irrenden und des anderen Theiles wie auch Dritter ein den Anforderungen der Billigkeit entsprechendes Recht zu schaffen".³⁾ Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes läßt sich daher die Nichtberücksichtigung der Drittinteressen nicht begründen.

Bei der Ermittlung der gesetzlichen Interessenbewertungen kommt es aber nicht auf die Normvorstellungen der mit der Gesetzesformulierung beauftragten Personen an, da diese nicht die Verbindlichkeit des gesetzgeberischen Befehls erlangen, sondern es ist allein maßgeblich der dem Gesetz immanente objektive Sinnzusammenhang.⁴⁾ Dieser erschließt sich, wenn man

1) Vergl. S.34/35 ff d.Arb.

2) JZ 1960,370; Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S.217 ff; BB 1964,523 ff.

3) Protokolle, Bd.I, S.97.

4) Westermann, AcP 154,555; Festschrift für Karl Arnold, S.285 f; Larenz, Methodenlehre, S.237 ff (241); RGZ 24,508; BVerfGE 1,312.

berücksichtigt, daß die §§ 104 ff BGB von der "Willenserklärung an sich", also einem Allgemeinbegriff ausgehen. Unter "Abstraktion von der Individualität der Rechtsinstitutionen"¹⁾ will das Gesetz ein generelles Bewertungssystem verwirklichen. Da aber Drittinteressen nur bei einigen wenigen Rechtsgeschäftstypen unmittelbar berührt werden,²⁾ konnte dieser Sondersituation bei der abstrakten Kompromißlösung der §§ 116 ff BGB nicht Rechnung getragen werden. Eine schematische Anwendung der §§ 116 ff BGB ist daher nicht möglich, wenn bei einem Rechtsgeschäft schutzwürdige Drittinteressen eine Rolle spielen. Vielmehr verschiebt sich in einem solchen Fall das "Kräfteverhältnis der Bewertungsfaktoren"³⁾ nach der objektiven Seite.⁴⁾

Dieses Beispiel zeigt, daß die §§ 116 ff BGB kein starres Bewertungsschema enthalten, sondern daß bei der Lösung der Problematik der Willensmängel stets die besondere Struktur der irrtümlichen Willenserklärung berücksichtigt werden muß, da nur so eine problemgerechte Entscheidung erreicht werden kann.⁵⁾ Es muß aber die Einschränkung gemacht werden, daß eine restriktive Auslegung der §§ 116 ff BGB nur dann zulässig ist, wenn die gesetzliche Interessenbewertung für eine ganze Fallgruppe nicht zutrifft. Die Besonderheit des Einzelfalls ist stets unbeachtlich.

1) Westermann, JuS 1964, 171.

2) Die Fälle, daß ein Dritter mittelbar an der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts interessiert ist, weil er von einer der Vertragsparteien ein Recht erworben hat, können außer acht gelassen werden, da insoweit die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb eingreifen.

3) Westermann, JuS 1964, 176.

4) Vergl.: Reinhardt, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 119 f; Ballerstedt bei Habscheid, AcP 157, 105.

5) Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 152; Allg. Teil, S. 33; Fabricius, JuS 1966, 6; Pawlowski, S. 162.

Gemäß diesen Grundsätzen sollen daher im folgenden die bei der Rechtsfigur der Bevollmächtigung auf dem Spiel stehenden Interessen analysiert werden. Anschließend wird geprüft, ob diese Interessenkonstellationen in Form von speziellen Wertungsgesichtspunkten gesetzliche Berücksichtigung gefunden hat, so daß eine Abweichung von der Regelung der §§ 116 ff BGB gerechtfertigt ist.¹⁾

2. Der Interessenkonflikt bei der Bevollmächtigung

Wie Müller-Freienfels²⁾ mit Recht betont, stellt die Vollmacht ein Musterbeispiel dafür dar, welche Vielfalt von Interessenkonstellationen bei einer Rechtsfigur möglich ist. Die Vollmacht dient nämlich nicht nur den Interessen des Geschäftsherrn, sondern kann unter Abänderung ihrer ursprünglichen Funktion auch zur Verwirklichung von Interessen des Vertreters bzw. des Geschäftspartners verwandt werden. Die folgende Interessenanalyse braucht aber nur einen Ausschnitt der bei der Vollmacht möglichen Interessenlagerungen zu erfassen, da die Entstehung der Anscheinsvollmacht unabhängig davon ist, in wessen Interesse die Bevollmächtigung erfolgt ist. Auch die Unterscheidung zwischen Spezial- und Generalvollmacht kann außer Betracht bleiben. Vielmehr kommt es für die Entscheidung der Frage, ob eine anfechtbare bzw. nichtige Bevollmächtigung die Tatbestandsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht erfüllt, lediglich auf den internen oder externen Charakter der Bevollmächtigung an.³⁾

1) Vergl.: Soergel-Hefermehl, vor § 116 Anm.19: "Auch bei der Prüfung der Gültigkeit einer Willenserklärung ist eine von jeder dogmatischen Starrheit befreite Wertung nach der Interessenlage notwendig. Die Wertung muß im engsten Kontakt mit der gesetzlichen Wertung geschehen."

2) S.9 f.

3) Vergl.oben S.105 ff d.Arb.

Die interne Bevollmächtigung unterscheidet sich von der in den §§ 116 ff BGB geregelten "Normalwillenserklärung" dadurch, daß ihre Rechtswirkungen nicht auf den Vertreter als den Erklärungsempfänger beschränkt sind, sondern sich auch auf den Geschäftspartner erstrecken. Wegen des Sinnzusammenhangs von Vollmacht und Vertretergeschäft ergreifen nämlich Willensmängel der Bevollmächtigung auch das Vertretergeschäft und beeinträchtigen damit die Rechtsposition des Geschäftspartners. Das Gesetz hat dem Sicherheitsbedürfnis des Geschäftspartners dadurch Rechnung getragen, daß es ihm einen Ersatzanspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht gewährt. Die Haftungsnorm des § 179 BGB kann aber ihre Ausgleichsfunktion nicht mehr erfüllen, wenn der Vertreter auf Grund der internen Bevollmächtigung wiederholt für den Vollmachtgeber tätig geworden ist, da dann für den Geschäftspartner der Rechtsschein der Bevollmächtigung entsteht.¹⁾ In diesem Fall kann ein gerechter Interessenausgleich nur erreicht werden, wenn bei der Anwendung der §§ 116 ff BGB auf die interne Bevollmächtigung die Interessen des gutgläubigen Geschäftspartners berücksichtigt werden. Wegen der Beteiligung von schutzwürdigen Drittinteressen verschiebt sich das "Parallelogramm der Kräfte" nach der objektiven Seite.²⁾ Die Interessensituation liegt hier ähnlich wie beim gutgläubigen Erwerb im Mobiliarsachenrecht. In beiden Fällen geht es um den Schutz von Drittinteressen.

Bei der Außenvollmacht, die stets den für die Anscheinsvollmacht erforderlichen Vertrauenstatbestand erfüllt, erweist sich dagegen der Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit von Drittinteressen als unfruchtbar. Es stehen sich bei ihr lediglich die Interessen von Vollmachtgeber und Geschäftspartner gegen-

1) Vergl. oben S. 109 ff d. Arb.

2) Vergl. oben S. 143 d. Arb.; Reinhardt, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 121.

über. Der Vertreter wird zwar durch die Wirkungen der Vollmachtserteilung mitbetroffen, doch können die Interessen des Vertreters bei einer Wertabwägung ausgeklammert werden, da die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht allein den Schutz des Geschäftspartners bezweckt. Auch bei Bösgläubigkeit oder Minderjährigkeit des Vertreters kommt eine Anscheinsvollmacht in Betracht, obwohl der bösgläubige Vertreter nicht schutzwürdig, der minderjährige Vertreter wegen § 179 III 2 BGB nicht schutzbedürftig ist. Die Interessen des gutgläubigen Vertreters aber sind durch § 169 BGB ausreichend und abschließend geschützt worden.

Müller-Erzbach,¹⁾ der nur bei der externen Bevollmächtigung eine Abweichung von den §§ 116 ff BGB für zulässig hält, begründet dies mit dem Prinzip der Gefahrbeherrschung. Da es Aufgabe des Vollmachtgebers sei, einen zuverlässigen Vertreter auszusuchen und ihn pflichtgemäß zu überwachen, während der Geschäftspartner hierauf keinerlei Einfluß habe, müsse der Vollmachtgeber die Risiken, die mit der Einschaltung eines Vertreters verbunden seien, auch allein tragen.²⁾ Das Gefahrbeherrschungsprinzip kann aber die unterschiedliche Behandlung von Innen- und Außenvollmacht bei der Einschränkung der §§ 116 ff BGB nicht rechtfertigen. Dieser Rechtsgedanke trifft nämlich sowohl bei der internen als auch bei der externen Bevollmächtigung zu. Im übrigen müßte, wenn das Gefahrbeherrschungsprinzip das maßgebliche Kriterium darstellen würde, jede irrtümliche Willenserklärung dem Erklärenden endgültig zugerechnet werden, da der Irrtum stets in der Machtsphäre des Irrenden seinen Ursprung hat.³⁾

1) IJb 83,351 ff.

2) Vergl. auch AcP 106,439.

3) Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S.113.

Die besondere Interessenstruktur der Außenvollmacht erschließt sich, wenn man die Außenvollmacht nicht für sich allein betrachtet, sondern ihre Sinnbezogenheit auf das Vertretergeschäft berücksichtigt. Leitbild für die Regelung der §§ 116 ff BGB war der Vertrag, insbesondere der Kaufvertrag.¹⁾ Beim Vertrag führen die §§ 116 ff BGB zu einem gerechten Interessenausgleich, da sich beide Parteien im gleichen Umfang auf Willensmängel berufen können. Dieses Gleichgewicht wird aber beim "Rechtsgeschäft in Vertretung" erheblich gestört. Während dem Vollmachtgeber nur Willensmängel des Geschäftspartners entgegengehalten werden können, ist dieser einer doppelten Gefährdung ausgesetzt. Willensmängel des Vollmachtgebers berechtigen zur Anfechtung der Bevollmächtigung und wirken sich daher auch mittelbar auf das Vertretergeschäft aus. Aber den Willensmängeln des Vertreters kommt gemäß § 166 I BGB ebenfalls Relevanz zu. Diese ungerechtfertigte Bevorzugung des Vollmachtgebers kann durch § 179 BGB nicht ausgeglichen werden, da die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht stets eine problemgerechte Lösung darstellt, wie später noch aufgezeigt wird. Die in den §§ 116 ff BGB enthaltene Regelung des Interessenkonflikts zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger kann daher auch auf die externe Bevollmächtigung nicht uneingeschränkt übertragen werden. Vielmehr ist zum Schutz des Geschäftspartners eine stärkere "Objektivierung" erforderlich.

Es ist das Verdienst von Hans J. Wolff²⁾ als erster darauf hingewiesen zu haben, daß die Vorschriften über die Wil-

1) Vergl.: Flume, Allg. Teil, S. 32.

2) S. 151 ff, 215.

lenserklärung wegen der besonderen Interessenkonstellation der Stellvertretungsverhältnisse für den Bereich der §§ 164 ff BGB einer Modifizierung bedürfen. In seiner "Theorie der Vertretung" führt er aus, daß für die Rechtsfolgen der Vertretung weder der Wille noch die Erklärung allein maßgeblich sein können. "Man müßte vielmehr - zumal wenn man die die Kodifikationen des Zivilrechts beherrschende individualistische Ideologie überwunden hat - auf die bei der Vertretung möglichen, wegen der Dreizahl der Beteiligten verhältnismäßig vielgestaltigen Interessenlagerungen, auf die Interessenexponierungen und namentlich auf die Interessenbewertung eingehen, wenn die Theorie der Vertretung vollkommen durchzuführen wäre".¹⁾ Diese Erkenntnis Wolffs ist von Flume²⁾ wieder aufgegriffen worden, wenn er meint, "die allgemeinen Normen für das Rechtsgeschäft sind nicht gedacht worden für einen solchen Zusammenhang, wie er zwischen der Bevollmächtigung und dem Vertretergeschäft der Natur der Sache nach besteht". Unverständlich aber bleibt, warum Flume aus dieser Einsicht nicht die Schlußfolgerung zieht, daß die §§ 116 ff BGB bei der Bevollmächtigung einer restriktiven Auslegung bedürfen.

3. Spezielle Bewertungsfaktoren im Recht der Stellvertretung

Nach dieser Interessenanalyse soll untersucht werden, ob das Gesetz der besonderen Interessenkonstellation bei der Stellvertretung in Form einer Sonderbewertung Rechnung getragen hat. Solche spezielle Wertungsgesichtspunkte finden sich in

1) S.215.

2) Allg.Teil, S.860.

den §§ 171 f BGB. Durch die §§ 171 f BGB soll der Geschäftspartner aber lediglich vor Mängeln der Innenvollmacht geschützt werden, indem das Gesetz die Vollmachtskundgabe mit der Wirkung einer externen Bevollmächtigung ausstattet. Aus dieser ratio legis ergibt sich, daß Willensmängel der Vollmachtskundgabe ebenso wie Willensmängel der Außenvollmacht zur Anfechtung berechtigen.¹⁾

Die Problemstellung der vorliegenden Arbeit ging aber dahin, festzustellen, inwieweit der gutgläubige Geschäftspartner - abgesehen von den §§ 171 f BGB - auch in anderen Fällen der anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht geschützt wird. Hierbei zeigte sich, daß durch die Anwendung der Anscheinsvollmacht auf die mit Willensmängeln behaftete Bevollmächtigung die §§ 116 ff BGB in einem erheblichen Umfang eingeschränkt werden. Um diese Restriktion zu rechtfertigen, wurde die bei der Bevollmächtigung vorliegende Interessenkonstellation herausgearbeitet, die von der in den §§ 116 ff BGB geregelten weitgehend abweicht. Im folgenden soll nun geklärt werden, ob der besondere Interessenkonflikt bei den Vertretungsverhältnissen im Gesetz in Form von speziellen Bewertungsfaktoren Berücksichtigung gefunden hat.

a) § 164 II BGB

Bei der Suche nach speziellen Bewertungsfaktoren stoßen wir auf die Vorschrift des § 164 II BGB. In § 164 II BGB ordnet das Gesetz an, daß der Vertreter, der nach außen im eigenen Namen handelt, aber im fremden Namen abschließen will, seine Erklärung nicht nach § 119 BGB anfechten kann. § 164 II BGB stellt die einzige Vorschrift im BGB dar, in der die Anfech-

1) Vergl. oben S.23 ff d.Arb.

tung einer Willenserklärung ausdrücklich eingeschränkt wird. Wegen dieses Ausnahmecharakters hält die h.M. im Schrifttum¹⁾ eine analoge Anwendung des § 164 II BGB für unzulässig. Wenn der Vertreter daher objektiv ein Fremdgegeschäft vornimmt, der Vertretungswille aber fehlt, soll die allgemeine Anfechtungsregel des § 119 BGB eingreifen.

Im Gegensatz zur h.M. folgert Fikentscher²⁾ aus § 164 II BGB, eine Anfechtung nach § 119 BGB sei auch dann nicht möglich, wenn der äußere Anschein auf ein Handeln im fremden Namen deute, obwohl der Vertreter den Willen habe, das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abzuschließen. Ein Vertretungswille sei für eine wirksame Vertretung nicht erforderlich. Dieser Ansicht Fikentschers hat sich auch der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen angeschlossen.³⁾

Die Frage, ob der dem § 164 II BGB zugrunde liegende Bewertungsfaktor auf die Bevollmächtigung übertragbar ist, kann nicht mit dem Hinweis auf den Ausnahmecharakter des § 164 II BGB ablehnend beantwortet werden. In der juristischen Hermeneutik besteht nämlich heute Einigkeit darüber, daß der viel zitierte Satz, Ausnahmenvorschriften seien eng auszulegen,⁴⁾ keine Allgemeingültigkeit beanspruchen kann.⁵⁾ Auch eine Ausnahmenvorschrift ist stets dann analogiefähig, wenn der in ihr enthaltene Bewertungsfaktor auf einen im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Interessenkonflikt zutrifft.⁶⁾ Dies bedeutet, daß die Sonderbewertung des § 164 II BGB auf die

1) Rümelin, AcP 93, 198 ff; von Tuhr, Bd. II, 2, S. 347 f; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, vor §§ 48 ff HGB, Anm. 6; Müller-Freienfels, S. 20; von Staudinger-Coing, § 164 Anm. 5; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 164, Anm. 27; Enn.-Nipperdey, § 178 II 2; Flume, Allg. Teil, S. 775 f; Lieb, JuS 1967, 112.

2) AcP 154, 13 ff, 20.

3) BGHZ 36, 33; NJW 1962, 2196; auch bei der Anscheinsvollmacht sei der Vertretungswille irrelevant; NJW 1966, 1916; ebenso bereits OLG Stettin, OLGE 13, 328.

4) So BGHZ 2, 244; 4, 222; BGH NJW 1956, 1152.

5) Vergl.: Heck, AcP 112, 186-189; Reinicke, NJW 1954, 1219; Larenz, Methodenlehre, S. 259 ff; Schneider, S. 11 f.

6) Westermann, Die Änderung des Nachbarrechts, S. 667 f.

Bevollmächtigung übertragen werden kann, wenn sie durch die besondere Interessenkonstellation bei der Stellvertretung bedingt ist, für die ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis des Geschäftspartners charakteristisch ist. Auf die Streitfrage, ob die Vorschrift des § 164 II BGB Ausfluß der Erklärungstheorie ist, "die Hauptstütze der Erklärungstheorie im Kampf gegen die Willenstheorie", ¹⁾ kommt es demgegenüber nicht an.

In den Gesetzesmaterialien ²⁾ und im Schrifttum ³⁾ wird die Sonderregelung des § 164 II BGB damit begründet, daß die Zulassung der Anfechtung die Verkehrssicherheit erheblich gefährden würde. Diese Feststellung ist zweifellos richtig. Es drängt sich aber die Frage auf, warum gerade im Fall des § 164 II BGB, nicht jedoch bei den übrigen Willenserklärungen die Anfechtung nach § 119 BGB eine Gefährdung der Verkehrssicherheit herbeiführt. Gesetzgeberischer Grund für die Sonderbewertung des § 164 II BGB kann nur das im Vergleich zur "Normalwillenserklärung" gesteigerte Schutzbedürfnis des Geschäftspartners sein. Mit der Einschaltung eines Vertreters ist für den Geschäftspartner insofern eine erhöhte Unsicherheit verbunden, als der Vertreter sich stets darauf berufen kann, daß der objektive Erklärungswert des Eigengeschäfts nicht seinem Willen entspreche, der auf ein Handeln im fremden Namen gerichtet gewesen sei. Durch § 164 II BGB bezweckt das Gesetz, dem Vertreter die Berufung auf einen solchen Willensmangel abzuschneiden. Im Interesse des Geschäftsverkehrs soll das Außenverhältnis von Unsicherheitsfaktoren frei gehalten und die Abwicklung des Rechtsgeschäfts auf das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vertreter verlagert werden.

1) So Manigh, Irrtum und Auslegung, S. 82; ähnlich auch Danz, S. 20.

2) Motive, Bd. I, S. 226; Protokolle, Bd. I, S. 136.

3) Vergl.: Rümelin, AcP 93, 200; Zunft, NJW 1959, 277; Erman-Böhle-Stamschräder, § 164, Anm. 11; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 164, Anm. 26; Enn.-Nipperdey, § 179 II; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c.

Diese ratio legis trifft aber auch zu, wenn der Vertreter nach außen im fremden Namen handelt, ein Vertretungswille aber fehlt, weil der Vertreter das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abschließen will. Hier ist der Geschäftspartner genauso schutzbedürftig wie im umgekehrten Fall, der in § 164 II BGB geregelt ist, da der Geschäftspartner in beiden Fällen einer im Vergleich zum "Normalvertrag" erhöhten Gefährdung ausgesetzt ist. Wie bei der Bevollmächtigung¹⁾ so verschiebt sich auch beim Handeln im fremden Namen das in den §§ 116 ff BGB geregelte "Parallelogramm der Kräfte". Durch die analoge Anwendung des § 164 II BGB wird der Vollmachtgeber nicht ungerechtfertigt benachteiligt, da seine Verpflichtung Vollmacht des Vertreters voraussetzt. Auch der Vertreter erleidet durch den Ausschluß der Anfechtung keinen Schaden, weil durch die Anfechtung das Rechtsgeschäft zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner nur zerstört, nicht aber dergestalt reformiert wird, daß der Vertreter Vertragspartei wird.²⁾ Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß die analoge Anwendung des § 164 II BGB nur das Außenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner betrifft. Eine Vertragsübernahme im Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vertreter wird durch eine Analogie zu § 164 II BGB nicht verhindert.

Es zeigt sich also, daß der Gesetzgeber der besonderen Interessenkonstellation bei den Vertretungsverhältnissen in § 164 II BGB Rechnung getragen hat. Diese Sonderbewertung kann auf die Bevollmächtigung übertragen werden, da für sie der gleiche Interessenkonflikt charakteristisch ist. Die auf Grund einer Interessenanalyse getroffene Feststellung, daß

1) Vergl. oben S. 144 ff d. Arb.

2) Dies wird von Flume, Allg. Teil, S. 776, nicht berücksichtigt, wenn er dem Vertreter ein Anfechtungsrecht gewährt, obwohl die rechtsgeschäftliche Regelung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftspartner zustande gekommen ist.

die in den §§ 116 ff BGB enthaltene Regelung bei der Bevollmächtigung zum Schutz des Geschäftspartners einer "Objektivierung" bedarf, findet daher in § 164 II BGB eine gesetzliche Bestätigung.

b) § 56 HGB

Auch die Vorschrift des § 56 HGB bietet einen Anhaltspunkt dafür, daß bei der Bevollmächtigung das Kräfteverhältnis der Bewertungsfaktoren nach der objektiven Seite hin verschoben wird, die individuelle Gestaltungsbefugnis gegenüber dem Prinzip des Vertrauensschutzes an Bedeutung verliert. Um dies näher darzulegen, muß die dem § 56 HGB zugrunde liegende Wertung aufgedeckt werden, über die im Schrifttum bisher nicht Einigkeit erzielt werden konnte. Es stehen sich drei verschiedene Ansichten konträr gegenüber;

Die h.M.¹⁾ sieht in § 56 HGB einen gesetzlich geregelten Fall der Scheinvollmacht. Die Vertretungsmacht beruhe auf dem vom Geschäftsinhaber veranlaßten Rechtsschein der Bevollmächtigung. Dem Veranlassungsprinzip werde dadurch Rechnung getragen, daß die Tätigkeit des Ladenangestellten mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn erfolgen müsse.²⁾

Flume³⁾ dagegen hält die Vorschrift des § 56 HGB für ein Musterbeispiel der Duldungsvollmacht. Mit der Anstellung in einem Laden oder in einem offenen Warenlager sei stets eine konkludente Bevollmächtigung zu Verkäufen und Empfangnahmen

1) von Seeler, Arch BR 28, 48; Wellspacher, S. 108; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 614 f; Heinsheimer-Geiler, S. 45; Staub-Bondi, § 56 HGB, Anm. 3; Oertmann, ZHR 95, 483; Krause, S. 155 ff; H. Meyer, ZAkDR 2, 54; Westermann, JuS 1963, 5.

2) Vergl.: Würdinger in Großkomm. HGB, § 56, Anm. 1; Schlegelberger-Hildebrandt, § 56 HGB, Anm. 2; Baumbach-Duden, § 56 HGB, Anm. B b.

3) Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 180; Allg. Teil, S. 829.

verbunden. Auch wenn der Geschäftsinhaber dem Ladenangestellten ein vertretungsweises Handeln untersage, liege keine Scheinvollmacht vor, da ein solches Verbot nur das Grundverhältnis betreffe, auf die Vertretungsmacht jedoch ohne Einfluß sei.

Fabricius¹⁾ hat neuerdings die Ansicht vertreten, die Vertretungsmacht des § 56 HGB könne mit der Veranlassung eines Rechtsscheins durch den Geschäftsinhaber nicht hinreichend begründet werden, da der Rechtsschein der Bevollmächtigung nicht allein vom Geschäftsinhaber, sondern zusätzlich auch durch das pflichtwidrige Handeln des Angestellten veranlaßt wurde. Der Zurechnungsnorm des § 56 HGB liege vielmehr ein dem § 831 BGB verwandter Rechtsgedanke zugrunde. Charakteristisch für die Vertretungswirkung sei die Verletzung der Aufsichtspflicht durch den Geschäftsinhaber. Das für die Sanktion einer Pflichtverletzung erforderliche Verschulden werde in § 56 HGB - entsprechend der Wertung in § 831 I 2 BGB -, gesetzlich vermutet.²⁾

Das richtige Verständnis des § 56 HGB erschließt sich von der Überlegung her, daß der Geschäftsinhaber, wenn er einen Angestellten in einem Laden oder offenen Warenlager tätig werden läßt, im Regelfall stillschweigend Vollmacht zu Verkäufen und Empfangnahmen erteilt. Sein fehlender Bevollmächtigungswille ist in der Regel nach § 116,1 BGB bzw. nach dem Grundsatz der protestatio facto contraria unbeachtlich. Nur wenn der Geschäftsherr seinem Angestellten Verkäufe und Empfangnahmen ausdrücklich untersagt, scheidet eine Bevollmächtigung aus.³⁾ In diesem Fall beruht die Vertretungswirkung des § 56 HGB auf dem vom Geschäftsherrn

1) JuS 1966,55 f.

2) JuS 1966,56.

3) BGH LM § 167 Nr.10.

veranlassen Vollmachtsrechtsschein. Im Regelfall aber ist mit der Anstellung im Laden konkludent eine interne Bevollmächtigung verbunden. Eine Außenvollmacht ist schon deshalb ausgeschlossen, weil der Kunde aus der Tätigkeit des Angestellten nicht auf eine an ihn gerichtete Bevollmächtigung schließt, sondern davon ausgeht, daß dem Angestellten früher einmal intern Vollmacht erteilt worden ist. Es fehlt daher bereits am objektiven Erklärungsstatbestand einer externen Bevollmächtigung.¹⁾

Obwohl also in § 56 HGB im Regelfall eine rechtsgeachäftliche Vertretungsmacht vorliegt, ist die Vorschrift nicht überflüssig, wie dies offensichtlich von Flume angenommen wird. § 56 HGB erlangt nämlich Relevanz, wenn die interne Bevollmächtigung mit Willensmängeln behaftet ist. Da durch die Anstellung im Laden ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, müssen die Kunden, die sich auf diesen Vertrauenstatbestand verlassen, geschützt werden. Der Schutz des § 122 BGB ist hierfür nicht ausreichend, da sich in § 56 HGB nicht nur die Interessen des Geschäftsinhabers und des Ladenangestellten gegenüberstehen, sondern die Wirkungen der fehlerhaften Bevollmächtigung auch in die Interessensphäre der Kunden eingreifen.²⁾ § 56 HGB bezweckt daher den Schutz von Drittinteressen, die im generellen Bewertungssystem der §§ 116 ff BGB nicht berücksichtigt worden sind.³⁾ Wenn es die Vorschrift des § 56 HGB nicht gäbe, so könnte z.B. der Geschäftsinhaber, der von seinem Angestellten arglistig getäuscht worden ist, die Bevollmächtigung anfechten und damit seine Verpflichtung aus den Vertretergeschäften beseitigen. Auch eine Anfechtung wegen ei-

1) Vergl. oben S.81 d.Arb.

2) Vergl.: Reinhardt, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S.122.

3) Vergl. oben S.142 f d.Arb.

nes Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften des Vertreters (§ 119 II BGB) wäre dem Geschäftsinhaber nicht verwehrt. Diese Anfechtungsmöglichkeit aber soll durch § 56 HGB gerade ausgeschaltet werden.

§ 56 HGB beruht auf der gesetzlichen Wertung, daß bei der Beteiligung von schutzwürdigen Drittinteressen der Wille als entscheidender Gestaltungsfaktor weitgehend durch objektive Ordnungsgesichtspunkte ersetzt wird. Nur die Anfechtung der Bevollmächtigung wegen Drohung wird durch § 56 HGB nicht ausgeschlossen, da der Schutz des Bedrohten - ebenso wie der Schutz des Geschäftsunfähigen - vom Gesetz höher bewertet wird als der Vertretersschutz des Erklärungsempfängers bzw. unmittelbar von der Erklärung betroffener Personen.¹⁾ Die bei der Interessenanalyse der internen Bevollmächtigung getroffene Feststellung, daß wegen der Schutzbedürftigkeit von Drittinteressen das in den §§ 116 ff BGB geregelte "Parallelogramm der Kräfte" nach der objektiven Seite gezogen wird, kann also dahingehend präzisiert werden, daß bei der Beteiligung von schutzwürdigen Drittinteressen nur der Anfechtung wegen Drohung Relevanz zukommt.

4. Zusammenfassende Stellungnahme

Wenn im Schrifttum²⁾ die Annahme einer Anscheinsvollmacht bei einer anfechtbaren oder nichtigen Bevollmächtigung abgelehnt wird, weil hierdurch die Regelung der §§ 116 ff BGB umgangen werde, so ist diese Argumentation im Ergebnis nicht überzeugend. Die §§ 116 ff BGB enthalten nämlich eine gene-

1) Vergl. oben S.121 ff d.Arb.; Manigh, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.614, Anm.44; Macris, S.185 f; anderer Ansicht: Jacobsohn, IherJb 56,386.

2) Vergl. die Nachweise, S.134 ff.

relle Bewertung des Interessengegensatzes zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger. Da aber bei den Vertretungsverhältnissen ein andersartiger Interessenkonflikt vorliegt, können die §§ 116 ff BGB auf die Bevollmächtigung nicht uneingeschränkt übertragen, sondern müssen der besonderen Interessenkonstellation angepaßt werden. Dies zeigen auch die gesetzlichen Sonderbewertungen der §§ 164 II BGB; 56 HGB. Ihnen kann entnommen werden, daß die Regelung der §§ 116 ff BGB bei der Bevollmächtigung zum Schutz des Geschäftspartners einer "Objektivierung" bedarf.

Da in die Interessenbewertung der §§ 119 ff BGB Drittinteressen nicht einbezogen worden sind, kann die Ansicht Wellspachers,¹⁾ zwischen der Ausgestaltung des Gutgläubenschutzes und der Irrtumsregelung bestehe ein Wertungswiderspruch, nicht überzeugen. Die Gutgläubenvorschriften bezwecken den Schutz von Drittinteressen, die §§ 119 ff BGB regeln aber nur den Interessenkonflikt zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger.

Wenn Krause²⁾ seine Ansicht, daß aus einer angefochtenen Bevollmächtigung keine Anscheinsvollmacht entstehen könne, darauf stützt, daß auch beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben die ausdrücklich oder schlüssig erklärte Zustimmung anfechtbar sei, so verkennt er die besondere Interessenkonstellation bei der Bevollmächtigung. Durch die Beantwortung des Bestätigungsschreibens kommt ein Vertrag zustande, auf den das Bewertungssystem der §§ 119 ff BGB genau paßt. Da keine atypische Interessensituation vorliegt, besteht kein Grund, das Anfechtungsrecht einzuschränken, wenn der Kaufmann das ihm zugehende Bestätigungsschreiben zustimmend beantwortet.³⁾

1) S.93.

2) Vergl.S.137 d.Arb.

3) Kuchinke, JZ 1965,174; Fischer, ZHR 125,208; von Godin im RGRK, § 346 HGB Anm.16 h; Enn.-Nipperdey, § 153, Anm.32.

Gottsmanns Argumentation, die Interessenbewertung der §§ 116 ff BGB sei auch für die Bevollmächtigung maßgeblich und es sei daher Aufgabe des Gesetzgebers, einen weitergehenden Schutz des Dritten im Recht der Stellvertretung zu verankern,¹⁾ ist schon deshalb nicht schlüssig, weil nicht der Wortlaut, sondern allein die gesetzliche Wertung für die Auslegung verbindlich ist.²⁾ Da bei der Bevollmächtigung spezielle Bewertungsfaktoren zu berücksichtigen sind, kann von der Regelung der §§ 116 ff BGB abgewichen werden, ohne dadurch gegen die Bindung an das Gesetz zu verstoßen. "Untreue gegen das Gesetz ist nicht der Schritt nach vorn, der mit einer verbesserten Dogmatik erreicht wird, sondern die 'gesetzestreue' Lösung, die eine Institution an die Vorurteile der Entstehungszeit fesselt".³⁾

5. Verhältnis der Anscheinsvollmacht zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Zum Abschluß soll der oben⁴⁾ wiedergegebene Einwand, durch die Anscheinsvollmacht werde die Interessenbewertung des § 179 BGB umgangen, kritisch gewürdigt werden. Hierbei soll versucht werden, das Verhältnis zwischen der Haftung kraft Anscheinsvollmacht und der Haftung des Vertreters gemäß § 179 BGB zu klären, um eventuelle Wertungswidersprüche zwischen den beiden Rechtsinstituten auszugleichen.

a) Vertrauensbeziehung zwischen Geschäftspartner und Vertreter in § 179 BGB

Während noch die Motive⁵⁾ die Haftung des Vertreters ohne

1) Vergl. oben S. 137 d. Arb.

2) Westermann, Wesen und Grenzen, S. 16 ff, 21.

3) Esser, AcP 157, 99.

4) Vergl. S. 137 f d. Arb.

5) Bd. I, S. 244.

Vertretungsmacht mit einem stillschweigenden Garantieverprechen begründeten, besteht heute in Schrifttum¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ Einigkeit darüber, daß § 179 BGB einen Fall der Vertrauenshaftung darstellt. Mit dem Auftreten im fremden Namen behauptet der Vertreter ausdrücklich oder zumindest stillschweigend, Vertretungsmacht zu besitzen. Im Interesse der Verkehrssicherheit muß der Geschäftspartner, der auf die Richtigkeit dieser Behauptung vertraut, geschützt werden. Der Umfang des Vertrauensschutzes ist davon abhängig, ob der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kannte. Entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 116,1; 463,2 BGB kann der Geschäftspartner den betrügerischen Vertreter auf Vertragserfüllung bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nehmen, § 179 I BGB. Der Vertreter, der den Mangel der Vertretungsmacht - wenn auch schuldlos - nicht gekannt hat, haftet dagegen nur auf Ersatz des Vertrauensinteresses, § 179 II BGB. Trotz der Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen beruhen aber beide Alternativen des § 179 BGB auf dem Vertrauensprinzip. Kennzeichnend für § 179 BGB ist die Vertrauensbeziehung zwischen dem Vertreter und dem Geschäftspartner, die durch die Vollmachtsbehauptung des Vertreters zustande kommt.

b) Vertrauensbeziehung zwischen Geschäftspartner und Vollmachtgeber bei der Anscheinsvollmacht

Wie die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht so findet auch die Anscheinsvollmacht ihre Rechtfertigung im Zu-rechnungsprinzip der Vertrauenshaftung. Im Gegensatz zu

1) Vergl.: Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 91 ff; von Staudinger-Going, § 179, Anm. 1 u. 2; Soergel-Schultze-von Lasaulx, § 179, Anm. 1; Lehmann-Hübner, § 36 VI 2 b; Larenz, JuS 1965, 377 f.

2) RGZ 106, 73; RG WarnRspr 1926 Nr. 152; BGHZ 39, 51.

§ 179 BGB vertraut aber der Geschäftspartner bei der Anscheinsvollmacht nicht auf die Angaben des Vertreters, sondern auf den vom Geschäftsherrn veranlaßten Rechtsschein der Bevollmächtigung. Durch den Rechtsschein der Bevollmächtigung wird eine Vertrauensbeziehung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftspartner begründet. Es besteht daher kein Wertungswiderspruch zwischen der Haftung des Vertreters gemäß § 179 BGB und der Haftung des Geschäftsherrn kraft Anscheinsvollmacht, vielmehr wird der Grundgedanke des § 179 BGB durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht konsequent fortgeführt. Dies soll am Beispiel der externen Bevollmächtigung, die vom Geschäftsherrn wegen Irrtums nach § 119 BGB angefochten wurde, erläutert werden.

Nach der h.M.¹⁾ kann der gutgläubige Geschäftspartner in diesem Fall den Vertreter aus § 179 BGB oder den Geschäftsherrn aus § 122 BGB in Anspruch nehmen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht²⁾ hat der Geschäftspartner trotz Anfechtung der Außenvollmacht gegen den Geschäftsherrn einen Erfüllungsanspruch kraft Anscheinsvollmacht, während ein Anspruch gemäß § 179 BGB ausscheidet. Der Ausschluß des § 179 BGB beruht aber nicht auf einer Gleichsetzung von "echter" und "scheinbarer" Vertretungsmacht,³⁾ sondern auf einer teleologischen Reduktion des § 179 BGB. Der Haftungsnorm des § 179 BGB liegt der Rechtsgedanke zugrunde, das durch die Vollmachtsbehauptung des Vertreters hervorgerufene Vertrauen des Geschäftspartners zu schützen. Dieser Gesetzeszweck trifft aber bei einer fehlerhaften Außenvollmacht nicht zu. Hier

1) Protokolle, Bd.I, S.142; Hupka, Die Vollmacht, S.145 ff; Rosenberg, S.726; Planck-Flad, § 167, Anm.4 d; von Tuhr, Bd.II, 2, S.391; von Staudinger-Coing, § 167, Anm.28; Enn.-Nipperdey, § 203 III 8 c.

2) Vergl. oben S.105, 118 ff d.Arb.

3) So Müller-Erzbach, IhJb 83, 383; kritisch hierzu mit Recht: Müller-Freienfels, S.77, 210.

vertraut der Geschäftspartner allein auf die Vollmachtserteilung des Geschäftsherrn, während er der Vollmachtsbehauptung des Vertreters keine allzu große Beachtung schenkt. Bei der nichtigen Außenvollmacht steht daher dem Vertreter gegenüber dem Anspruch des Geschäftspartners nicht nur eine exceptio doli zu, wie dies von Jehle¹⁾ angenommen wird, vielmehr ist die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gänzlich ausgeschlossen. Die Normvorstellung der Gesetzesverfasser, die auch bei der externen Bevollmächtigung eine Haftung des Vertreters bejahten,²⁾ muß gegenüber der dem Gesetz immanenten Teleologie zurücktreten.³⁾

Das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht steht daher nicht im Widerspruch zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, sondern füllt die Lücke aus, die durch die teleologische Reduktion des § 179 BGB entstanden ist.

1) S.58.

2) Protokolle, Bd.I, S.163.

3) Vergl.: Larenz, Methodenlehre, S.241: "Der subjektive 'Wille' des Gesetzgebers zielt auf ein objektiv Sinnvolles, und dieses wiederum setzt sich dank der ihm eigenen 'Evidenz' bis zu einem gewissen Grade auch gegen die beschränkte Einsicht und Absicht des Gesetzgebers durch". Ähnlich auch Westermann-Lepsien, NJW 1966, 432 f.

C.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Anliegen dieser Arbeit war es, die Divergenz zwischen den Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht und denen der angefochtenen oder aus einem sonstigen Grunde nichtigen Bevollmächtigung weitestgehend auszugleichen. Zu diesem Zweck wurde untersucht, ob die von der Rechtsprechung entwickelte Haftung des Geschäftsherrn kraft Anscheinsvollmacht auf die anfechtbare und nichtige Bevollmächtigung ausgeweitet werden kann. Hierbei wurden folgende Ergebnisse erzielt:

1. Die Anscheinsvollmacht setzt eine Vertrauensgrundlage voraus, d.h. einen objektiven Tatbestand, aus dem der Geschäftspartner auf eine Bevollmächtigung schließen darf. Diese Voraussetzung wird durch die externe Bevollmächtigung, die Vollmachtskundgabe nach §§ 171 f BGB und die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung erfüllt. Die Innenvollmacht stellt dagegen in der Regel keine ausreichende Vertrauensbasis für eine Anscheinsvollmacht dar, da das Vertrauen auf die Angaben des Vertreters als Grundlage für eine Anscheinsvollmacht nicht genügt. Nur wenn der Vertreter auf Grund der nichtigen Innenvollmacht wiederholt für den Geschäftsherrn tätig geworden ist oder andere vertrauensbegründende Anhaltspunkte vorliegen, entsteht für den Geschäftspartner der Rechtsschein der Bevollmächtigung.

2. Der Geschäftsherr wird kraft Anscheinsvollmacht nur dann verpflichtet, wenn er den Vertrauenstatbestand zurechenbar verursacht hat. Über die Zurechenbarkeit entscheidet nicht das Verschuldens-, sondern das Veranlassungsprinzip. Für die Beantwortung der Frage, inwieweit eine anfechtbare oder nichtige Bevollmächtigung dem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, ist daher eine Differenzierung zwischen den einzelnen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen erforderlich.

An der Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes fehlt es bei der Bevollmächtigung durch einen Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen, die nach § 105 I BGB nichtig bzw. nach § 111,1 BGB unwirksam ist. Dies ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 179 III 2 BGB auf die Anscheinsvollmacht sowie daraus, daß das BGB in den §§ 104 ff BGB den Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen höher bewertet als den Vertrauensschutz der Allgemeinheit. Da die Anscheinsvollmacht im Vertrauensschutzgedanken ihren Ursprung hat, ist das den §§ 104 ff BGB zugrunde liegende Rangverhältnis auch für die Anscheinsvollmacht verbindlich. Aus diesem Grunde erfüllt auch die wegen Drohung angefochtene Bevollmächtigung nicht die Zurechnungsvoraussetzungen der Anscheinsvollmacht, denn der Schutz des Bedrohten geht nach der Wertung unserer Rechtsordnung (§ 123 I BGB) dem Verkehrsschutz vor. Die nach den §§ 116, 2; 117 I; 118; 125; 134; 138 BGB nichtige Bevollmächtigung ist dagegen dem Geschäftsherrn zurechenbar. Dies gilt auch für die wegen Irrtums bzw. arglistiger Täuschung angefochtene Bevollmächtigung.

3. Durch die Lehre von der Anscheinsvollmacht wird nur der gutgläubige Geschäftspartner geschützt. Die Gutgläubigkeit ist ausgeschlossen, wenn der Geschäftspartner die Anfechtbarkeit (§ 142 II BGB) bzw. Nichtigkeit der Bevollmächtigung kannte oder kennen mußte. Daher kommt beim durchschauten Vorbehalt, beim Scheingeschäft und bei der arglistigen Täuschung die Entstehung einer Anscheinsvollmacht nur bei der internen Bevollmächtigung in Betracht. In diesen Fällen bewirkt die Lehre von der Anscheinsvollmacht, daß der gutgläubige Geschäftspartner unter bestimmten Voraussetzungen (vergl. Ziff. 1 der Zusammenfassung) bei Nichtigkeit der Innenvollmacht geschützt wird, obwohl eine Vollmachtskundgabe nach §§ 171 f BGB nicht erfolgt ist. Bei der Scherzerklärung, dem Irrtum,

der unrichtigen Übermittlung und der Formnichtigkeit erlangen dagegen die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht auch für die externe Bevollmächtigung Relevanz. Die Unkenntnis der Formnichtigkeit der Außenvollmacht wird aber in der Regel auf Fahrlässigkeit beruhen und daher den Rechtsscheinschutz ausschließen.

4. Die Ausweitung der Anscheinsvollmacht auf die Fälle der anfechtbaren und nichtigen Bevollmächtigung steht mit der Regelung der §§ 116 ff BGB nicht im Widerspruch. Die §§ 116 ff BGB enthalten nämlich eine generelle Bewertung des Interessengegensatzes zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger, die bei einer atypischen Interessenkonstellation, wie sie bei der Bevollmächtigung vorliegt, modifiziert werden muß. Die interne Bevollmächtigung unterscheidet sich dadurch von der "Normalwillenserklärung", daß durch sie die Interessen eines Dritten - nämlich des Geschäftspartners - unmittelbar berührt werden. Kennzeichnend für die Interessenstruktur der Außenvollmacht ist dagegen, daß nicht nur Willensmängel des Vertreters (§ 166 I BGB), sondern - wegen der Sinnbezogenheit der Bevollmächtigung auf das Vertretergeschäft - auch Willensmängel des Vollmachtgebers die Rechtsposition des Geschäftspartners zerstören können. Wegen dieser atypischen Interessensituation verschiebt sich bei der Bevollmächtigung das in den §§ 116 ff BGB geregelte "Parallelogramm der Kräfte" nach der objektiven Seite. In den §§ 164 II BGB; 56 HGB hat der Gesetzgeber dem besonderen Interessenkonflikt bei der Stellvertretung in Form von speziellen Bewertungsfaktoren Rechnung getragen.

Die Ausweitung der Anscheinsvollmacht verstößt auch nicht gegen die Interessenbewertung des § 179 BGB. Wie die Anscheinsvollmacht so beruht auch die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht auf dem Vertrauensprinzip. § 179 BGB bezweckt den Schutz des Geschäftspartners, der auf die Vollmachtsbehauptung des Vertreters vertraut. Bei der Anscheinsvollmacht dagegen vertraut der Geschäftspartner auf den vom Vollmachtgeber hervorgerufenen Rechtsschein der Bevollmächtigung.

LEBENS LAUF

Am 2. März 1942 wurde ich als Sohn des Gutsinspektors Johannes Waldeyer und seiner Ehefrau Anny, geb. Menne, in Paderborn geboren. Von 1948 bis 1952 besuchte ich die Volksschule in Merlsheim (Kreis Höxter), anschließend bis 1958 das Städtische Neusprachliche Progymnasium in Bad Driburg. Ostern 1958 wechselte ich zum Altsprachlichen Gymnasium Clementinum in Bad Driburg über, wo ich am 8. März 1961 die Reifeprüfung ablegte.

Zum Studium der Rechtswissenschaften war ich vom Sommersemester 1961 bis zum Wintersemester 1961/62 an der Universität Münster immatrikuliert. Anschließend studierte ich je ein Semester an der Universität München und an der Freien Universität Berlin und weitere vier Semester an der Universität Münster. Am 31. Juli 1965 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Hamm. Hiernach widmete ich mich ein Semester dem Studium der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Münster. Seit dem 1. März 1966 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

